TRACTATUS DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS. AUTORE REINHARDO BACHOUIO ECHTIO...

Reiner Bachoff von Echt, Pietro Francesco : de Rossi

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
217 D
34

P
I
2

13. 13. e. 29

13-13-e-29-

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

TRACTATUS
DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS.

Autore

REINHARDO BACHOVIO ECHTIO JURISCONSULTO ET IN ACADEMIA HEIDELBERGENSI PROFESSORE.

Bibliothecæ P.P. Scholarum Piarum apud S. Pant.

ex hered. D. franc. de Lubo.

FRANCOFURTI
Typis Caſpari Rötelii, Impenſis
Johannis Bernneri, Bibliopolæ.

ANNO M. DC. XXVII.

Digitized by Google

MAGNIFICIS, NOBI-
LISSIMIS ET AMPLIS-ſimis viris,

Dn. JOHANNI GEORGIO Von der Grün zu Weiersberg.

Dn. FRANCISCO Jugert.

In Supremo Cæſareæ Majeſtatis & Imperii Tribunali

Adſeſſoribus meritiſſimis, grauiſſimisq;,

Dnn. & Fautoribus honorandis.

CVM Magnifici & Nobiliſſimi Viri, iſtius, quamuis ingrati otii, quo etiamnum fruor, & quo aliquot jam annos fruitus ſum , rationem mihi reddendam eſſe intelligam, factis illam potius & rebus ipſis, quàm verbis reddere decreui. Et nimirum reddent eam, partim, quas jam dedi, exercitationes meæ, ad poſterio-

rem partem Chiliados Antonii Fabri, de erroribus Pragmaticorum: partim, quæ, ſi Deus dabit, propediem videbunt lucem, Exercitationes, ad reliquas partes Chiliados illius, Commentarii in Inſtitutiones Juris, Commentarii in quatuor libros Pandectarum, & Curæ Secundæ in Treutlerum. Non habeo ſanè, quòd alia negotia aut occupationes excuſem, ſi quid minus rectè aut non ſatis accuratè ſcripſero. Sed tamen, ſi faſtidioſa, triſtis, deformis ægrimonia, ſi diræ & mordaces ſollicitudines, ſi aliæ & edaces curæ, quidquam in animum & ingenium humanum poſſunt, habeo quod deprecer, ſi fortè alicubi, quæ hoc tempore ſcripſi, languere aut jacere videbantur. Quæ enim in nos non incubuit malorum Ilias? quis fando explicare aut lacrymis æquare miſerias poſſit? Nemo tam ferreus fuerit, quem non publica mala commouerint. Et quid verò priuatas calamitates, fratrum, affinium, aliorum coniunctorum & amicorum, paupertates, fugas, exilia, funera, commemorem? Vt nihil dicam de, heu, quondam Academiæ Heidelbergenſis (quo nihil mihi vnquam accidit acerbius) funere: cum ſublatis, Rectore, Profeſſoribus omnibus, ſublata prorſus

juris.

Digitized by Google

jurisdictione Academiæ, diſſoluto vniuerſo Collegio & corpore, quod, tot etiam bullis Pontificum Romanorum munitum & ſuffultum, penè trecentis annis, non interruptum, ſtetit & floruit, in cineres abiit & fauillas:

Sed quid ego hæc autem nequidquam ingrata reuoluo.

Vos ego jam, Magnifici & Nobiliſſimi Viri, appello, Vobis hunc Tractatum de Pignoribus, ingenioli mei fœtum, & quem interim præmittere viſum fuit, offero, & ad nominis veſtri aram ſacro & figo: Non quod hoc opus dignum ſit, quod veſtri nominis præſcriptione muniatur, non etiam, quod ex hac nuncupatione quidquam nominis veſtri dignitati accedere poſſit: ſed magis quia Vos digni & imo digniſſimi eſtis, quibus hoc offeratur: & vt ex veſtri nominis celebritate & & ſplendore, hic Commentarius ſibi aliquid lucis & autoritatis mutuetur: Sed & ipſe dignus erit, ſi non pretio ſuo, ſed affectu dedicantis, qui in vos magnus æſtimetur. Sed quidquid tandem iſtud eſt, mihi ſuffecerit, ſi hic libellus veſtrum porrò mihi promereatur fauorem, & tamquam obligatoria tabella, de

Digitized by Google

mea perpetua erga vos obſeruantia, animoque vobis addicto & deuoto atteſtetur. Hæc eſt votorum ſumma. Valete Viri Magnifici & Nobiliſſimi, bono Reipubl. diu ſuperſtites viuite, & fauete,

Ex Muſæo, Heidelbergæ prid. Cal, Sept, 1617.

VV. Nob. Magn.
Clienti

REINHARDO BACHOVIO.

TRA-

Digitized by Google

Digitized by Google

TRACTATVS

DE PIGNORIBVS ET HYPOTHECIS.

LIBER PRIMVS.

IN QVO DE NOTATIONE ET ETYmologia, definitione & varijs diuiſionibus, vnà & cauſâ efficiente tractatur.

CAP. PRIMVM.

De verbis, Pignoris & Hypothecæ.

MAGIS exiſtimo verbum pignoris eſſe primitiuum: nec enim tam pro Etymologia, quàm pro alluſione habendum eſt, quod pignus dicitur eſſe à pugno in *l. plebs.* 238. *d. V. S.* cuiuſmodi & alia in iure noſtro occurrunt: cum præſertim pleriſque mobilibus, quę pugno capi non poſſunt, iſta notatio nec quadret. Illud autem facilè admitto, quòd res mobiles ferè ſemper ſolitæ fuerint creditori tradi, cui aliàs ſi apud debitorem res mobilis maneret, non eſſet ſatis cautum: nec illud negarim fortè, quod quidam notant, ab initio res mobiles tantùm ſolitas fuiſſe obligari & dari in debiti ſecuritatem. Eſt autem homonymum verbum *pignoris*. Et interdum enim denotat ipſam rem obligatam, quo ſenſu obligari pignora dicuntur in *tit. Paulus* 29. *in pr. d. pignor.*

 non-

Digitized by Google

nonnumquam ſignificat contractum realem de quo in §. *vlt Inſt. quib. mod. re. contr.* aliquando & tertiò obligationem ipſam, vnde nexus pignoris *l. vlt. C. ſi res alien. l. Epiſtola. 52. §. 2. de pactis l. 1. §. 4. ne vis fiat &c. l. ſi pater. 33. fam. erc. l. 2. & l. ſi ceſſante 7. de diſtr. pign.* Denique ſignificat jus quod creditori in re eſt conſtitutum, ut adeò niſi explicata homonymia, pignus non poſſit definiri. Et rurſus pignus accipitur quandoque in genere, & aliquando in ſpecie. Illo modo, pro quacunque re in ſecuritatem debiti obligata, aut pro jure in quacunque re cõſtituto: hoc modo, pro re quæ vel cuius poſſeſſio translata eſt in creditorem, cui hoc ſenſu opponitur hypotheca, cũ poſſeſſio rei apud debitorem manet. Illud ferè inmobilibus, hoc in immobilibus accidere ſolet, vnde quidam hypothecam ad res immobiles, ſed pignus ad mobiles pertinere dixerunt: ſed minus accuratè, nã & rei mobilis poſſeſſio poteſt relinqui debitori: de quo caſus in *l. ſi quis in pr. d. fact.* (licet minus cautè ita agat creditor) & res immobilis obligata trãsferri in creditorẽ poteſt. & eſt caſus in *l. quid de 11. & damn inf l 9. d. op. nou. nunt. l. ei qui 16. d. ſeruit.* Atq; ita docet Iuſtinian. in §. *Item Seruiana verſ. nam pignoris I. de action.* (ubi verba *maximè ſi mobilis, ſit* innuunt quod diximus, regulariter rem mobilem creditori tradi ſolere) & *ICtus in l. ſi rem 9. §. 2. l. cum & 35. §. 1. d. pignor. act.* Atque ita ex vſu juris hæc diſtinguuntur: ceteroquin ſi proprietatem verbi conſideres, & pignus & hypotheca ſignificant rem pro ſecuritate debiti obligatam, & vtrumque verbum æquè eſt generale, *d. §. 7. Inſt. d. actionib.* ita vt etiam res mobilis, quæ tradita eſt, rectè poſſit dici hypotheca: quod tamen fit rarius in jure, ſed frequentiſſimè ſub nomine pignoris etiam res quæ tradita non eſt, comprehenditur, quomodo & non infrequenter ſub pignoraticia actione hypothecaria quoque venit, *l. rem. 41. de pignor. act. l. 3. §. 3. ad exhib. l. 7. §. Inter. 12. in f. commendat. l. duobus 19. l. pen. §. 1. d. exc. rei jud. l. 13. in pr. d. 10. cum cred. l. Titius 9. in f. l. 15. quib. mod. pign. toll.* Sed ex adverſo vix eſt, vt per hypothecam, pignoratitia in ſpecie dicta ſignificetur. Et ſecundum iſtam generalem vtriusque verbi uſurpationem verum eſt, quod inter pignus & hypothecam tantùm nominis ſonus interſit, ut eſt in *l. res quæ 5. §. 1. d. pignoribus*: quamuis & aliter hoc explicari poſſit, cum Iuſtiniano in *d. §. Item ſeruiana* quod nihil interſit, quoad hypothecariam actionem: quod & inſcriptio *d. l. 5. de pign.* confirmat: quoniam æquè pro perſequendo pignore in ſpecie dicto, ſi fortè poſſeſſio ſcripta ſit, hypothecaria actio competit. Prorſus pignus, Latinum, hypotheca Græcum, nomen eſt: Et malè

Hunnius

Hunnius pignus tantùm mobilium, hypothecam tantùm immobilium eſſe ſcribit & malè, omnia loca, quę de immobilibus loquuntur, vult ad hypothecam reſtringi. qui etiam malè negat, res immobiles propriè pignori dari, & in contractum realem pignoris deduci poſſe. Nihil iſto eſt falſius: vt maximè enim propriè hæres non traducitur, tamen vt pignoris contractus conſtituatur, non opus eſt propriâ traditione, ſed ſufficit res traditas eſſe: neque quiſquam adeò fungus ſit, vt res immobiles tradi poſſe neget, ita vt dominium transferatur, traditione opus eſt: at quia rerum etiam immobilium verum dominium per traditionem transferri plusquam certiſſimum eſt, ſed & ipſe auguror, ſi contra falſiſſimam ſententiam agerem pluribus. Porro ex paulò ante dictis etiam decidi debet quæſtio: an ſtatutum loquens de pignore locum habeat etiam in hypotheca? Id quod adfirmandum eſt in dubio, cùm intelligantur ſtatuentes verbo pignoris generaliter vti, quæ ſignificatio minimè impropria, vt rurſus vitioſè Hunn. putat, ſed propria eſt, Et quod eſt in *l. 9. §. 2. de pign. act.* ad ſpeciaē pignoris ſignificationem pertinet: ceteroquin non vno in loco juris noſtri, pignus de rebus immobilibus quoque & quarum poſſeſſio non tranſit in creditorem, dicitur, vt in *d. §. l. rem. 7. Inſtit. d. actionibus*: & paſſim alibi. Adeo non placet Saliceti limitatio in *d. l. 9. §. 2.* quod non contineatur hypotheca, ſi alia parte ſtatuti caueatur, vt verba in proprio ſignificatu accipiantur: Et hanc opinionem rectè tuetur Felin. *in cap. cum aliquibus de Sent. & re jud. n.* 3. Hæc de verbo pignoris ad vſum juris noſtri metaphoricum, vſum alienum à jure & materia noſtra, nihil moror: vt quod apud autores, pignora fidei, amoris & beneuolentiæ dicuntur: item liberi vocantur pignora, quia vinculi inter coniuges duraturi, & charitatis mutuæ quædam quaſi pignora ſunt.

CAPVT II.

De definitione pignoris.

MIROR Hunnium & alios, qui cùm in genere de pignoribus diſputent, tamen pignus definiunt per contractum, & ita *in tit. de pignoribus*, accipi id verbum ſcribunt, euidenti errore: cùm ita definitio longè anguſtior fiat definito: & contractus pignoratitius, diuerſiſſimus ſit à pignore ſumto in genere, de quo *lib. XX. Dig. tit.* 1. tracta-

tur. Et omnino pignus ſumtum in genere, debet definiri aut per Rem, aut per Jus loco generis poſitum: vt dicatur, quod ſit res in ſecuritatem debiti obligata: aut Jus, quod pro ſecuritate debiti creditori in re eſt conſtitutum. Et tantum abeſt, ut pignus in genere poſſit definiri contractus, vt pignus omnino propriè loquendo contractus non ſit, ſed ille ſit cauſa efficiens pignoris, & juris nimirum, quod creditor conſequitur. Et rectius dicitur contractus pignoratitius: quemadmodum & contractus feudalis & emphyteuticus: ipſa enim Emphyteuſis & ipſum feudum, ſi loqui propriè velimus, non ſunt contractus. Differentia ſpecifica pignoris eſt in verbis, *in debiti ſecuritatem*, quæ differentia ſumpta eſt à fine, & pignus ab alijs rebus ſeparat & diſtinguit: Ideo enim conſtituitur pignus vt creditori ſit cautum, §. *vlt. Inſt. Quib. mod. re contr. l. 1. §. jubet. 9. d. collationib.* quod ex ijs quæ inf. de effectibus pignoris dicemus, certius apparebit. Poſſit adeo per metonymiam defendi, ſi quis pignus appellet cautionem: nec tamen puto uſpiam ita locutos eſſe ICtos, & falſum dicit Hunnius, dum pignus ait appellari cautionem in *d. l. 1. §. 9, d. collat. & in l. 5. d. pignor. & in d. §. vlt. Inſtit. Quib. mod. re contr. cit.* Et aliud enim eſt, pignus eſſe cautionem, &, pignoribus caueri, aut, pignus dari, vt creditori ſit cautum. Amplius, verba, in ſecuritatem debiti, arguunt, pignus eſſe acceſſionem alterius obligationis: quod hic omiſſum proponemus pluribus. *infr. lib. 2. De rebus & perſonis cap. 1.* vbi & de finibus alijs pignoris dicemus.

Capvt III.

De prima diuiſione pignoris, & cauſa efficiente, vbi de pignore prætorio & judiciali.

1. *Ad l. 1. de pign. act.*
2. *Cur ex conuentione reali jus adquiratur.*
3. *An Notarius à ſe poſſit adjicere hypothecam.*
4. *De diſtinctione pignoris prætorij & judicialis.*
5. *Speciale genus pignoris capti à magiſtratu.*

Tractationem de cauſa efficiente in diuiſione pignoris explicare libet. Conſtituitur pignus autoritate vel publicâ, vel priuatâ. Priuatâ conſtituitur, vel, vt ita loquar, μονοπλεύρως vel διπλεύρως. Illud appello, cum quis diſpoſitione vltimâ rem pignori obligat,

de qua

de qua ſpecie in *l. non eſt. 26. d. pign. act. l. Lucius* 12. *d. clem. leg. l. Cum hi* 8. §. *ſi vni* 15. *in f. d. tranſact. l.* 1. *verſ. cùm enim C. comm. d. legat.* Et probabile eſt, id frequẽtius olim factum ex cauſa legatorum & fidei commiſſorum: vt tamen potuerit teſtator ex alia quoque cauſa, vt res eſſet obligata creditori, diſponere, vel etiam heredem damnare, vt rem pignoris cauſa traderet creditori. Διπλῶς conſtituitur pignus per conuentionem: quæ vel perficitur traditione, & eſt contractus realis pignoratitius: vel eſt nuda *l.* 1. *in pr.* 1. *d. pign. act.* vbi poſt *Mezzium c.* 1. *d. pignor.* ſplendidè nugatur *Hunnius in reſolut. ad Tr. d. pignorib q.* 2. vbi hæc duo, quod pignus dicitur re contrahi §. *vlt. I. quib. mod. re cont.* & quod pignus dicitur conſtitui nudâ conuentione *d. l.* 1. §. 1. *d. pign. act.* inter ſe opponit; & tanquam ſuper re difficili copiosè & prolixè nugatur: quaſi non apertiſſimum ſit, in *d. l.* 1. *d. pig. act.* non vſurpari pignus pro contractu reali, ſed pro jure & obligatione pignoris: quæ Accurſij rectiſſima explicatio eſt; quam ineptus homo non intellectam, ridiculam & abſurdam appellat. Sed ratio illa hic reddenda erat; cùm reale jus in re conſequatur, pignore conſtituto creditor, cur contra regulas vulgatas juris, nudâ conuentione jus reale conſtituatur: Id quidem haud dubie eſt ex Edicto prætoris; ſed hoc ipſum, cur ita prætor conſtituerit, quæritur. Et nimirum (quod rurſus non cepit Hunnius, qui ex Mezzio deſcripſit omnia) huc pertinet ratio Br. in *l.* 1. *d. pig. act.* quod pignus ſit præiudicij modici. Quod fruſtra cauillatur Hunnius: Et id ſcilicet reſpectiuè verũ eſt, ſi cum alijs juribus realibus conferatur pignus: quoniam licet hic ſit effectus pignoris, vt diſtrahi poſſit, pecunia non ſoluta: tamen vbi pecunia ſoluta eſt, quod præſumitur non eſſe uſq; adeò difficile, jus pignoris totum ſoluitur & exſpirat: Et niſi hypothecaria actio daretur creditori, conuentio ſuper pignore, tota eſſet inutilis, quo reſpexiſſe prætorem veroſimile eſt. Et igitur nudâ conuocatione & conſenſu pignus contrahitur, quod in ſpecie eſt hypotheca *l.* 4. *de pign.* adeò & inter abſentes *l. creditor.* 23. §. 1. *eod.* vbi notanda duplex improprietas, tum quod pignoris obligatio obligari, tum quod dicitur obligari ex contractu, pro quo rectius, obligationem pignoris, inter abſentes conſtitui, dixiſſet, quamuis & ipſe contractus pignoris realis, ſi res per nuntium mittatur, celebrari inter abſentes poſſit: Et igitur nec ſcriptura ad obligandum pignus neceſſaria eſt *d. l.* 4: multò minus requiritur ſolennis ſcriptura vel inſtrumentum: & poteſt inter abſentes conueniri per Epiſtolam ſimplicem, licet nec conſulem habeat, nec diem. *l. pen.* § 1. *d. pi-*

Digitized by Google

gnor. niſi quis ibi Epiſtolam pignoris ante contracti declarationem eſſe putet, vt in ſimili in *l. & quæ* § 7. *in pr. de donat. coniug.* Sed ſanè vbi ſufficit conuentio nuda, ſufficit & Epiſtola qualiscunq;: cum præſertim ſcriptura priuata quoq;, & ſine die & conſule, probat contra ſcribentem, vt in *l. Scripturas* 11. *C. Qui pot. Salicetus* notat. Prorſus conuentione
3 opus eſt & conſenſu partiũ, creditoris & debitoris: & falſam eſſe Bartoli ſententiam puto & aliorum, quam magis probat etiam *Negu‿ant. de pig. p.* 3. *memb.* 1. *n.* 24. *& ſeqq.* quod hypotheca & obligatio pignoris teneat, ſi Notarius ſolus in inſtrumento clauſulã de hypotheca adjecerit. E t alia ratio eſt clauſularũ, quę pertinent ad naturam contractus & act⁹, vt ille firmus ſit, & rebus ſuum habeat: alia hypothecę, quę habet naturam ſeparatam à contractu principali, & propria conuentione conſtituitur: & nimis abſurdum ſit, vt Notarius autoritate ſua ſola res debitoris obligatione nectere poſſit, cui & ſine pignore fortaſſis aliu pecuniam crediturus erat: cũ hypotheca præſertim generalis pręiudicij magni ſit, & vtiq; principalib. in conſultis, nequeat efficere Notarius, vt in re aliqua ſingulari hypotheca cõſtituatur. Illud cõmune cũ alijs hæc pignoris aut hypothecæ conuentio habet; vt & purè & ex die, & ad diem & ſub conditione celebrari poſſit. *l. grege* 13. § *pen. de pig. l. credit.* 12. § 2. *Qui potiores. l.* 6. *Quib. mod. pig. ſolu.* Hoc porrò ita recepto vt & nuda conuentione pignus cõſtitueretur, illud quoq; obtinuiſſe videtur, vt licet de re pignori tradenda conuentum eſſet, tamen res etiam ante traditionem, ob præcedentem conuentionem cenſeretur hypothecæ eſſe obligata, vt colligitur ex *l.* 1. § 1. *d. pig. act.* vbi cum conuentum eſſet, vt aurũ traderetur pignoris cauſa, & eſſet traditũ æs, nihilominus aurũ pignori teneri reſpondetur, quod abſurdum & falſum eſſet, ſi à traditione ſola ibi obligatio pignoris dependeret. Ex quibus ſimul apparet, jus illud jus in re & actionem in rem, non ex conuentione & pacto eſſe, ſed ex Edicto: de quo dicemus aliquid *lib.* 3 *c.* 1. Et hęc de prima ſpecie pignoris, cõſtituti autoritate priuatâ. Autoritate publica conſtituitur pignus vel à Lege, & ſc. immediatè, ſine vllo facto hominis, de quo
4 & eius ſpecieb. paulò poſt videbimus: aut à magiſtratu. Id à Iuſtin. in rubr. & *l.* 1. *&* 2. *C. de prætor. pignor.* dicitur pignus prætorium, ſumpto prætore pro magiſtratu quouis. qui miſtum imperium cum juriſdictione habet, quoniã initio apud Romanos prætores juris dicundi cauſa creati, quinimò Cõſules ipſi, qui & ante prætores creatos hanc prouinciam obtinebant, prætores dicti fuerunt. Et in *d. l.* 2. *C. d. præt. pig.* dicitur id pignus à judicib. conſtitui, ad rationem illius ſeculi, quo magiſtratus

Digitized by Google

tus ipſi judicabant: cæteroquin olim judices pedanei nec quidẽ exequi ſuã ſententiam poterant, *l. à Diuo 15. in pr. d. re. jud.* multo minus in poſſeſſionẽ mittere. Hoc pignus, quod conſtituitur à magiſtratu, vulgo diſtinguitur in prætoriũ & judiciale: quę diſtinctio forte non ineptè defendi poteſt, verbo prætorij in ſpecie ſumto: vt proinde frigidũ ſit argumentũ, quod ex *d. l. Cod.* petitur contra hanc diuiſionẽ: quoniam ibi Juſtin. accipit in genere verbũ prætorij: quod non prohibet, quo min⁹ docẽdi cauſa verbo prætorij in ſpecie accepto, duę ſpecies conſtituantur. Et nimirũ judiciale vocant Interpp. quod poſt ſententię, in cauſam judicati, vt re diſtincta ſatisfiat victori, & ita executionis cauſa capitur, de quo *in l. ſi &* 10. *Qui pot. l. 2. in ſ. C. eod. l. execut. 7. C. quæ res pig. l. 15. §. 2. de re jud. l. 1 & 2. C ſi in cauſ. jud. fac. l. pen. C. d. pign. act. l. ſi ob cauſam. 13. C. de euict.* prætorium in ſpecie, quod contra debitorem latitantem conſtituitur per miſſionem in bonorum poſſeſſionẽ. Et non rectè Hunn. hinc improbat iſtam diſtinctionẽ, quod illud quoq; pignus, quod Dd. vocant judiciale, poſſit dici prætorium. Nemo n. hoc negat: ſed inde non niſi ridiculè probaueris, quod prætorium pignus in ſpecie ſumi, & alij ſpeciei poſſit opponi: Et intereſt profectò, an prætor extra ordinẽ contra v. c. latitantem debitorem ex primo decreto immittat creditorem, an poſt rem judicatam, & ſententiæ exſequendę gratia, jubeat aliquam rẽ capi, & diſtrahi, vt inde ſatisfiat victori; quod ideo judiciale indigetẽt Interpp. quoniã ſententia & judicium præceſſerunt, ſola enim ſententia non inducit hypothecã; & ad *Cun. C. rem alien. ger. inſ. c. 9.* reſpondemus. Et licet, vt hoc ſeculo, ipſos magiſtratus proponas judicare, nihilominus intereſt, an poſt ſententiã dictã magiſtratus rem jubeat capi ab executore & diſtrahi, an nullo judicio conſtituto creditorem in bona immittat, vt tædio cuſtodię cõpareat debitor & ſe defendat. Et hic ſuperſtitioſus eſt *Don. c. 5. de pig.* vbi diſputat contra pignoris judicialis appellationẽ: quod non cõſtituatur à judice, neq; ex ſententia judicis victor jus pignoris cõſequatur: Et nos alia ratione judiciale pignus diximus appellari: & modo de ipſa re conſtet, de verbis nõ eſt litigandũ. Illud magis obſtare videtur huic diuiſioni, quod & poſt latam ſententiã poteſt prætor victorẽ mittere in poſſeſſionem bonorũ debitoris victi, judicati ſeruandi cauſa, quod probatur per *l. 3. C. Qui pot. in pig.* Neq; v. quſquã negare poſſit, eſſe eandẽ pignoris eſſentiã & naturã, quod cõſtituitur per miſſionẽ in poſſeſſionẽ, ſiue id ex cauſa judicati fiat, ſiue ſecus: & ſiue ſententia præceſſerit, ſiue non. Et vna videtur eſſe pignoris eſſentia, quod fit rei ſeruandæ cauſa; quod pignus eſt prætorium in

ſpecie;

ſpecie: & ſicut aliàs debiti & legatorum ſeruandorum cauſa fit miſſio in bonorum poſſeſſionem per *l. 1. & tot.tit.quib. ex cauſ. in poſſ* ita in poſſeſſionem fit miſſio in *l. 3. C. qui potiores.* cauſa judicati ſeruandi: An dicemus ſupereſſe adhuc vtiq; differentiam à fine: quòd judiciale pignus reſpiciat executionem judicati: ſed non prætorium? An potius, quòd diſtinctio ſumatur ab eo quod regulariter accidit, non quod rarius & quaſi extra ordinem: & eſt verò jus irregulare, vt poſt ſentẽtiam adhuc fiat miſſio ſeruandæ rei gratia, & adeo executio ſuſpendatur. Et ego exiſtimo ſpecialem eſſe *d. l. 3.* rationem, & ibi agi de fideicommiſſo vniuerſali, quod reipublicæ relictum erat. Cùm enim hic, quantum debeatur, incertum ſit, & prętor hoc tãtum pronunciauerit, fideicommiſſum deberi, nec potuit res ſingularis in cauſam judicati, capi jubere: ſed meritò prætor rempub: in poſſeſſionem rerum hæreditariarum & ipſius heredis immiſit, ſed hæc forte nimis multa. Quod autem per miſſionem in poſſeſſionem conſtituatur pignoris jus, probant *d. l. 3. & l. 2. C. Qui potiores. l. nõ eſt. 26. de pign. act. & l. 3. & l. qui legati. 5. C. vt in poſſeſ. legat. l. miſſo 12 empt. l. ſed ſi per. 3. §. pignori d. reb eos qui ſub.* (& de natura iſtius pignoris adde notata *infr. lib. 4. c. 7.*) Illud notant quidam, pignus iſtud prætoriũ tantũ eſſe generale, quod per miſſionẽ in vniuerſa bona debitoris à prætore cõſtituatur. Sed verendũ eſt, ne id fortè verũ non ſit: ſiquidem habemus textus generales, quòd cõſtituatur pignus hoc per immiſſionẽ in bona: aliquando autem rei ſeruandæ cauſa prætor immittit in res ſingulares: veluti ſi non caueatur, ex cauſa damni infecti: itidemque ſi poſſeſſor non compareat. in ſpecie *l. 2. C. vbi in rem act. l. ſi quis 8. §. pen. d. præſcr. 30. ann. & in c. vlt. §. vlt. vt lit. non cont.* Et malè diſſentit *ſpecul. d. prim. decret. rubrica. Quis ſit eius effectus n. 4.* Et falſum eſt, quod petitor immittatur tamquam in rem propriam: cum vtique poſſeſſionem reuera reſtituere teneatur *dd. textibus.* Et poteſt vtique frequenter contingere, vt miſſus in rem ſingularem huius poſſeſſionem amittat: pro qua jure pignoris experiatur, juxta *l. 2. C. d. præt. pign.* Et eâ ſententiâ maximè neceſſaria eſt, poſitâ opinione eorum, qui negant ita miſſum verè poſſidere, & cum (quod in miſſo ex cauſa damni infecti certum eſt) tantum in poſſeſſione eſſe contendunt: Ceteroquin poſſeſſoria interdicta locum haberent: quamuis vtile ſit habere & pignoratitiam ſeu potius hypothecariã actionẽ. Siquidẽ & cui ex conuentione conſtitutum pignus eſt, verus poſſeſſor eſt, vt infra probabimus, & quibusdam interdictis poſſeſſorijs vtitur. Sed hæc tractationis ſunt alterius. De effectu pignoris prætorij & judicialis infra ſuo loco age-

co agemus,& differentias prætorij pignoris & conuentionalis v. collectas apud Salic. in *l. 1. D. de pign. act.* Jllud non omittendum ſpeciale eſſe & proprium pignoris genus, à magiſtratu capti aut conſtituti, in bonis eorum & contra eos, qui decretis magiſtratuū non parebant, & veluti, qui tutores aut ad officia alia nominati, ea ſuſcipere denegabant. §. 3. *in f. Inſt. de Attilian. tut. jun.* §. *pen. d. ſatiſd. tut. & l. ſi quis 9. de muner. fac. l. quemadmodum 29.* §. *pen. in f. Ad l. Aquil. l. 1.* §. *quid erg. 3. D. de ventr. inſpic.* Atque huc videtur pertinere quod *Gellius 7. c.* 10. de pignoris capione ob æs militare, ſcribit: Et pignora huiusmodi, vt puto, aut vendi ſolebant. *d. l. 1.* §. 3. *de ventr. inſpic.* aut etiam pro coercitione contumacium concidi, quemadmodum teſtatur locus inſignis apud *Cicer. 3. de Oratore in pr.* vbi de contentione Philippi Conſulis & Craſſi. Hæc de pignore conſtituto à magiſtratu. De eo quod conſtituitur à Lege paulò poſt ſuo loco dicemus.

CAPVT IV.

Alia diuiſio pignoris, in expreſſum & tacitum.

1. *Pignus tacitum variè dicitur.*
2. *Legale an ſit expreſſum.*
3. *Hypotheca illatorum tacita conuentionalis.*
4. *Hypotheca legalis duplex.*

HÆc diuiſio videtur ſumpta à forma. Et nimirum pignoris verbo generaliter hic vtimur: ceteroquin pignus in ſpecie dictum, & quod per contractum realem & per traditionem conſtituitur, nullum tacitum ſed omne expreſſum eſt: Explicanda autem hic eſt homonymia verbi: Nam tacitum non vno modo, ſed multis ac variè dici poteſt; & inprimis in hac materia. Et, ſi pignus tantum conſtitueretur conuentione, res non eſſet difficilis expeditu. Sed generalius hoc tractare neceſſum eſt. Et quod per traditionem, aut etiam citra hanc cōuentione mutua conſtituitur juxta *l. 1. de pignor. act.* haud dubiè id expreſſum eſt. Sed & quod à magiſtratu in cauſa judicati capi jubetur, aut per immiſſionem in bona conſtituitur, quia expreſſum ſit, negari vix poſſit: neque enim tantum pignus ſingulare, ſed & generale rectè expreſſum nuncupatur. Sed quid de legali? Equidem illa hypothe- 2
ca vide-

Digitized by Google

ca videatur rectè tacita dici, de qua nihil inter contrahentes actum eſt, & quæ omninò rei inhæret: At enim ratione iſta, & quæ conſtituitur à magiſtratu, poſſit dici tacita. Diſſimilis tamen ratio eſt huius pignoris & illius. Lex enim in genere & in theſi conſtituit & diſponit. Sed in hypotheſi & in cauſis quibusq; ſingularibus capit pignora & mittit magiſtratus in poſſeſſionem: vt proinde nō, ſi iſta expreſſa dicitur, neceſſariò & illa ſit expreſſa. Et verò, quod hypotheca legalis poti⁹ ſit referanda inter ſpecies tacitæ, multa euincūt. Et 1. hypotheca introducta ex SCtu, quod pro lege eſſe conſtat, refertur inter tacitas hypothecas. *l.1 in quib. cauſ. pign. tac. contr.* Itemque hypotheca legalis fiſci. *l. 1. & 2. C. eod. tit.* & hypotheca liberorum prioris matrimonij, quæ eadem eſt legalis. *l. pen. C. eod.* Et apertè Juſtin. *in l. cum oportet. 6. C. de bon. quæ lib. §. vlt. in princ.* hypothecas legales vocat tacitas: Itemque in *leg. vn. §. 1. C. de rei vxoria act.* & rurſus *in l. 1. vers. cum enim. C. comm. d legat.* Et vtique loquendum nobis eſt cum legibus. Eſtq; eadem communis Dd. ſententia, referente *Neguzant. p. 2. memb. 4. n. 2.* quæ & hinc confirmatur, quod eadem ratione ſubſtitutionem, quæ eſt ex L. & reſcripto Marci, dicimus tacitam. *l. 4. in pr. de ſubſtit.* tacitam ſtipulationem ex *l. vn. in pr. & §. 1. C de rei vx. act.* fideicommiſſum tacitum, quod eſt ex diſpoſitione Legis. *l. 102. de com. & dam.* Ex quo licet cuiuis intelligere, quo ingenio aut judicio *Hunnius q. 8.* hypothecam legalem inter expreſſas referat, ſuaui ſcilicet ratione, quod habeat vim expreſſæ hypothecæ: cum ferè in toto jure eadem expreſſi & taciti vis ſit: neque verò ab effectu, ſed aliunde ſumitur hæc diſtinctio: & aliàs pignus omne expreſſum eſſet. Alia hypothecæ tacitæ ſpecies illa eſt, quæ dicitur eſſe ex tacita conuentione, veluti in inuectis illatis in prædia vrbana. *l. 4. de pactis. l. 3. 4. 7. In quib. cauſ pign. tac. l. 3. C. eod.* cui tamen etiam aſſiſtit
3 Lex: Quodſi hypotheca legalis expreſſa eſſet, rurſus omnis hypotheca expreſſa fuerit: in quo itidem Hunnius labitur: nec animaduertit, du-
4 plicem eſſe ſpeciem legalis hypothecæ: vnam, quæ eſt tota ex ſola Lege: alteram, quæ conjunctam habet conuentionem tacitam, quam præſumit lex ex aliquo facto: quommodo & ipſa hypotheca tacita ſubdiſtingui poteſt, vt alia ſit pura, alia mixta. De ſpecialibus ſingulis tacitæ hypothecæ in ſequentibus agemus.

CA-

Digitized by Google

CAPVT V.

Alia diuiſio ſeu ſubdiuiſio pignoris, in generale & ſpeciale.

1. *Species aut gradus hypotheca generalis.*
2. *Bonorum appellatione an veniant futura.*
3. *An generalis hypotheca & quomodo efficiat res ſingulas.*

ET hic verbum pignoris in genere accipimus: quoniam pignus in ſpecie, & quod per traditionem conſtituitur, nullum generale eſt. Vtrumque autem pignus & expreſſum & tacitum ita ſubdiſtinguitur, vt aliud ſit ſpeciale, ſingulare aut particulare; aliud generale aut vniuerſale. Sed & hic quoque homonymia verbi eſt explicanda. Conſtat JCtis ſpeciem pro indiuiduo, & genus pro ſpecie, vt à philoſophis accipitur, vſurpari. Homo, bos, equus, genera appellantur in jure noſtro: cuiuſmodi pignoris exemplum, vt, bos, equus, homo, in genere ſint nexa pignori aut hypothecæ, vix exemplum in jure noſtro extare puto. Speciale pignus dicimus, quod in vna aliqua re aut etiam pluribus rebus ſingularibus conſiſtit. Extra quod, ſiquidem hypothecas ceteras referimus omnes ſub hypothecam generalem, neceſſariò iſtius hypothecæ erunt ſpecies quædam aut gradus conſtituendi. Poteſt hypotheca conſtitui haud dubiè in hereditate delata & adquiſita, quæ ſanè dicenda eſt vniuerſalis, licet ea non ſit vniuerſorum bonorum. Nam & vniuerſalis hypotheca eſt, ſi quis dimidiam aut tertiam partem ſuorum bonorum obligauerit: quo quidem caſu hypotheca non ita conſiſtet in parte corporum, vt eorum quædam in ſolidum nexa ſint, quædam omnino libera, ſed vniuerſæ res & ſingulæ pro indiuiſis partibus futuræ ſunt in obligatione pignoris, vt docemur ex *l. 3. §. vlt. Qui potior. in pign.* de quo pluribus infr. Haud dubiè quoq; vniuerſalis erit hypotheca, ſi quis bona præſentia tantum obligauerit; & apertè errant, quos ſequitur *Neguzant. p. 2. membr. 3. num. 1.* qui putant iſtam hypothecam eſſe ſpecialem. Etenim ſunt, vt diximus, gradus vniuerſalitatis aut generalitatis. Tabernæ etenim quoque pignus pro generali quadantenus,

 haben-

habendum oſtendit. *l.pen.in pr.h.t.* & quod iſto pignore contineatur, *infr.de Rebus* dicemus. Quid de pignore gregis? Equidem grex dicitur vniuerſitas. *l. Quid ergo* 70. *§. Sed quod.* 3. *de vſufr. l.* 1. *§. vlt. l. vindicatio* 5. 6. *de rei vind.* neque pignoris iſtud genus inter particularia vel ſingularia referri poteſt: quoniam non tantum certa capita ouium & quæ tunc cum grex obligaretur extabant, veniunt, ſed etiam quæ in locum demortuorum capitũ poſtmodum in debitore ſubrogantur, ita vt toto renouato grege obligatio hypothecæ perduret. *l.grege* 13. *in pr. h.t.* Itaque hoc reſpectu, iſtud hypothecæ genus quoq; ſuo ſenſu inter generalis pignoris ſpecies erit referendum, de quo gregis & tabernæ pignore dicemus diſtinctius. *lib.ſeq.* 2. *cap.* 5. Sed agamus plura de pignore quod κατ' ἐξοχὴν & in potentiori ſignificatu dicitur generale, & nimirum de pignore omnium bonorum: quod duplex eſt, vel tantum præſentium, quæ tempore contractæ obligationis erant penes debitorem: vel ſimpliciter bonorum omnium, etiam futurorum. Et quidem vbi nominatim aliquid dictum, & alterutrum expreſſum eſt, res non

2 habet, nec habuit dubitationem. Sed ſi ſimpliciter quis bona ſeſe obligare dixerit, quæri poteſt & potuit, an ſpectetur tempus conſtitutæ hypothecæ, an quodcunq; etiam, moræ poſtea commiſſæ à debitore, aut motæ etiam à creditore actionis, ita vt etiam bona futura, & poſt pignus contractum à debitore quæſita obligata hypothecæ cenſeantur. Ego ferè magis prius illud rationis eſſe exiſtimo, vt appellatione bonorum tantum veniant bona, quæ quis tempore pignoris obligati poſſidet, nõ etiam futura vtqote incerta planè: maximè ſi dixerit bona Sva. nam verbum Mevm quodammodo eſt determinatiuum & reſtrictiuum, & proprium jam alicuius eſſe ſignificat, ita vt ſub eius appellatione, nec quod debetur, contineatur, *l. ſi ita* 7. *de aur. & arg. leg. l. Quintus* 27. *§.* 2. *& l. ſcribit.* 34. *in pr. eod. tit. facit. l. ſolum.* 45. *§.* 1. *de rei vindicat.* Cum etiam non rectè alienæ res pignori dentur: nec facile fingenda ſit conditio & ſubintelligenda, *ſi mea futura ſunt*, vbi haud vlla futurorum eſt mentio. Itaque paſſim legimus, olim in generali hypotheca, qua futura quoque tenerentur, eorum, & quærendorum, mentionem expreſſam factam fuiſſe: *vt in l. idemq;* 7. *§.* 1. *Qui potiores l.* 3. *C. de ſeru. pign. dat. l.* 1. *in pr. et l. obligatione* 6 *in pr. l. & quæ* 15. *§.* 1. *de pignor. l. ſi is.* 5. *D. d. his qui ſine manumiſſ.* qua de cauſa in introducenda tacita quoque hypotheca hoc Imperatores expreſſerunt. *l. hac Edictali.* 6. *§. omnibus.* 2. *l. ſi quis prioris* 8. *§. in illo. C. de ſec. nupt.* & adijci hoc ſolitum fuiſſe colligitur ſatis *ex l. vlt. C. d. rem pign.* itaq; ferè ſentio, quod Iuſtinian.

nouum

Digitized by Google

nouum jus introduxerit in *l. vlt. C. Quæ res pign.* vbi ſimpliciter obligatis bonis pignori ſancit, vt etiam contineantur futura. Et rectè Hotomann. *in d. l. vlt.* ideo hoc diſpoſitum ſcribit, vt plenius eſſet conſultum creditori, quandoquidem hoc fieri videtur citra injuriam debitoris: itaque nec abſurdè, leuis præjudicij hoc eſſe notat Accurſius. Iuſtinian. verò deſumit rationem à voluntate contrahentium, vt tanto plauſibiliorem conſtitutionem faceret: reuera autem ille tantum color eſt: cum ſi ita ſenſiſſent contrahentes: id vno verbo exprimere potuiſſent, & vero expreſſiſſent, vt proinde Hunnius malè reprehendat Hottomannum: qui idem Hunnius malè ait, quod hoc etiam conueniat proprietati verbi MEVM, vt ſub eo etiam res futuræ contineantur: malè exigere hoc rationem & æquitatem ait, vt futura quoq; vera intelligantur, & rurſus malè, ex vſu verborum, de eorum proprietate eſſe judicandum: & deniq; malè hunc verbi vſum eſſe ſcribit, vt etiam comprehendat futura. Et verò ſi vſu tum ita obtinuiſſet, neceſſaria illa diſpoſitio Juſtiniani non fuiſſet: neq; contra plures textus ſufficere poſſunt ad vſum iſtum probandum. *l. ſi ſeruitus. 23. de ſeru. vrb. præd. l. 3 pro Socio.* Nam præterquam quòd ſocietas inter duos vel plures eſt viciſſitudinaria, vt in *d. l. vlt. C Quæ res pign. obl.* Doctores noſtri ſcribunt; amplius in *d. l. 3.* non hoc tractatur & quæritur, an ſimplici appellatione bonorum comprehendantur futura: Sed ex hypotheſi, quod etiam contracta ſit ſocietas ſuper futuris, quæritur, an ea quoque non ex quæſtu, & ex negotiatione, ſed ex lucratiua cauſa obueniunt, ſint communicanda: quod cum ibi affirmetur, oportet aliquam hic præſupponere conuentionem: cum alias ea tantum veniant etiam in ſocietatem omnium bonorum, quæ ſunt ex quæſtu, vt docet *l. coin. 7. per ſocie.* quod & confirmatur ex *l. ſi ſocietas. 73. eod. tit.* vbi dicitur, ea quoque communicari, quæ ex lucratiua cauſa quæſta ſunt, ſi ſocietas etiam ſuper futuris ſit contracta: ceteroquin omnino, quò ad ea quæ ſunt ex quæſtu, pertinet, per ipſam rationem & naturam ſocietatis, in futurum quæſita; oportet communicari. Quod attinet ad *d. l. 23. de ſeru. vrb. præd.* ratio decidendi ibi ab humanitate ſumitur: vt vel hinc ſatis intelligatur, rationem juris communis, & verbi proprietatem aliud ſuadere. nec forte longè errauerit, qui à Treboniano locum eum interpolatum crediderit, cui quippe familiare eſt, ſub prætextu humanitatis & ICtorum nomine deciſiones ſuas nobis obtrudere. Sed & amplius nullum quoq; ibi eſt verbum determinatiuum: nec ibi de bonis aut alienandis aut pignorandis agitur: in quibus terminis omitti cenſeam,

Digitized by Google

nunquam nomen Meorvm aut Svorvm appellatione olim veniſſe futura. Secundum hæc, cum conſtitutio noua, qualem *d.l.vlt. C. Quæ res pign. obl.* diximus eſſe, non debeat extra terminos ſuos extendi, imò potius reſtringi, vix putarem probandam communem opinionem Dd. quam refert & ſequitur *Neguz. p. 2. membr. 2. n. 3.* quod in obligatione bonorum generali veniant futura, licet ſit adiecta clauſula conſtituti. Nimis enim abſurdum videtur, vt poſſeſſio non tantum omnium præſentium bonorum, ſed etiam futurorum, & ipſo puncto, quo adquiſita fuerint à debitore, tranſeat in creditorem: quod cum nimis magno & incommodo debitoris ſit futurum. Et cum Juſtinianus conſtitutionis ſuæ rationem deſumat à voluntate contrahentium, numquam certè intelligi poteſt hoc voluiſſe debitor, vt cum tanto & tam maximo ſuo præjudicio obligata ſint & bona futura. Itaque ex hac adjectione præſumemus, tantum de præſentibus bonis eſſe cogitatum. Verum de conſtituti effectu plenius in materia poſſeſſionis tractatur. Haud dubiè autem *dict. leg. vlt. C. Quæ res oblig.* ad tacitam etiam hypothecam, quin & magis ad hanc pertinet, vt benè docent, *Salicet. in d. l. vlt. n. 13.* plures, allegati in hanc rem à *Neguzant. p. 2. membr. 4. n. 165.* Obiter noto limitationem *ad dict. l. vlt.* vt poſt quæſita non teneantur, ſi ſemel conſenſu creditoris ex bonis debitoris exierit. *l. vlt. C. de remiſſ.* de quo *infr. in Tr. de ſolutione pignoris.* Et igitur in hypotheca generali comprehenduntur omnia
3 bona debitoris; ſed illud hic videndum eſt, an ita veniant, & eodem effectu, comprehendantur ſingula, & an pariter generalis iſta hypotheca afficiat omnes res & non ſecus, ac ſi ſpecialiter obligatæ fuiſſent. Pro ſententia negatiua hæc facere videntur. Et 1. quod oppignoratio ſpecialis rei donatæ à coniuge inducit donationis reuocationem *l. cum hic 32. §. ſi maritus. 5. de donat. coniug.* quod in obligatione generali ſecus eſſe probat ex *Dd. Neguzant. p. 2. membr. 1. num. 4.* Deinde, quod generalis hypotheca bonorum non impedit, quo minus ſerui manumittantantur, quod ne fiat, impedit obligatio ſpecialis. *l. 1. 2. 3. D. de ſeru. pignor. dat. Argument. leg. penult. in quib. cauſ. pign. tacit. l. 1 C. de neceſſ. ſeru. her. inſt.* 3. quia obligatio generalis, cum pacto de non alienando, non facit, vt alienatio ſecuta ſit nulla. *Neguzant. d. membr. 2. p. 1. num. 5.* quod tamen operatur hypotheca ſpecialis cum eo pacto, *l. ſi creditor 7. §. vlt. de diſtr. pign.* 4. quia generalis hypotheca non facit, quo minus pecunia ſine onere

ne onere poſſit alienari & expendi, vt cap. ſeq. dicemus. 5. quoniam obligatio tabernæ, quam quodammodo generalem eſſe diximus, non afficit res ſingulares omnimodo, ac ſi eſſet ſpecialis, vt *inſr. Tr. de reb.* dicemus. 6. quoniam qui alienat rem ſpecialiter obligatam, dicitur committere furtum. *l. ſi is qui. 66. in pr. de furt.* quod de generali hypotheca legimus ſcriptum nuſquam. Et errant enim *Gloſſ. in d. l. 66. & ibidem Bart. & idem in l. ſi ſeruus. 61. §. Locaui. de furt.* ubi pactionem ſpecialem exponunt de expreſſa: quos nihil juvat *l. interdum. 49. in f. de furt.* Denique pro opinione hac facit, *arg. ex C quanquam. diſt.* 23. plus obſtringere, quod promittitur ſpecialiter, quam quod generaliter, vbi gloſſa & plures allegat caſus, quibus ſpecialis prouiſio magis operatur. Atque ita *Hottomann. in Tr. de pign. cap. d. diſtr. pign.* cenſet; quin & Jaſon poſt multos alios *in §. Item ſeruiana Inſt. de action.* ſcribit, res inuictas & illatas (quæ generali quadam obligatione teneri videntur) liberè & ſine onere alienari poſſe. Sed in contrarium hactenus veritas eſt, quod pignus generale ita afficiat res ſingulas, vt creditor eas ſine conſenſu ſuo alienatas perſequi poſſit, non minus quam ſi ſpecialiter obligatæ fuiſſent. Probatur hæc ſententia 1 ex *l. ſi quis. 8. §. vlt. in f. C. de ſecund nupt.* vbi Juſtin. hoc ait perſpicui eſſe juris, quod ſi pater quid ex bonis, quæ liberis ſunt hypothecaria. (& ſcil. in genere) alienauerit, liberis integra maneat hypotheca. 2. *ex l. vn. C. rem. alien. ger.* vbi dicitur, res tutorum (quæ in genere ſunt obligata pupillis) cum ſua cauſa alienari, & nimirum cum onere pignoris, vt ibidem notat gloſſa. 3. ex *l. vlt. C. de remiſſ. pign.* quæ probat, nec ex generali quidem hypotheca quidquam poſſe alienari ſine creditoris conſenſu. Accedunt 4. & generales textus, quibus adfirmatur ſimpliciter, rem pignoratam cum onere ſuo alienari, *l. debitorum* 15. *C de pignor. l. ſi debitor.* 12. *C. de diſtr. pign.* quæ ſanè reſtringi ſine vitio non poſſunt ad hypothecam ſpecialem: ſiquidem jure certo hypotheca generali ſingulę res continentur: & vt vulgò traditur, oratio generalis ſermonis compendio res ſingulas & omnes ſpecies comprehendit, quod ex Logicis tyrones norunt: & firmatur ex *leg. ea quæ.* 15. §. 1. *de pignor.* ibi, *perinde ac ſi ſpecialiter obligata fuiſſent: junct. l. rei.* 17. *C. de diſtr. pignor.* vbi nominatim obligata in genere & ſpecie comparantur, & reſpondetur de vtriſque, quod alienatio rei, creditori non adimat eius perſecutionem. 5. optimè facit quod jure perſpicuo traditum eſt, eum qui hypothecam

Digitized by Google

thecam generalem habet, etiam in ſingulis præferri ei, qui ea poſtea pignori accepit. *l.2. Qui pot.* Deniq; abſurdum aliàs hoc conſequeretur, quod creditor alienando res ſingulas, creditori inutilem poſſet facere generalem hypothecam, cum tamen hoc egerit creditor, vt ſibi proſpiceret plenius. Ad Argumenta negatiuæ partis breuiter reſpondeo. Et ad 1. quod in *l.32. de donat. coniug.* proponatur res non ſimpliciter obligata, ſed pignoris cauſa tradita, cui⁹ poſſeſſionem ſi vxori adimat maritus, cenſetur mutaſſe voluntatem & reuocaſſe donationē. Ad 2. Quod id ita ſit receptum fauore libertatis, adeo ex exceptione iſta firmatur regula in contrarium. Ad 3. nos hic illud tantum quærere, an obligatione generali contracta, aliquid absq; onere poſſit liberè alienare debitor: ceteroquin non negare, quin poſſit obligatio ſpecialis, aliquē proprium habere effectum præ generali, qualis eſt, vt alienatio ſit nulla in ſpecie. *§. vl. l.7. de diſtr. pign.* de quo tn. plenius agem⁹, *infr. li.3. c.1.* Et hinc etiā remouetur obiectio 6. quod, qui alienat rē ſpecialiter obligatam ſine cōſenſu creditoris, cōmittat furtū pecuniæ. de qua in argum. 4. ſpecialis eſt ratio, quę nimirū in perpetuo eſt motu, & cuius nulla eſſet vtilitas, ſi eam expendere & ea negotiari non liceret: itaque nec generali hypotheca hoc actum intelligitur. Nec diſſimilis eſt ratio tabernæ: & quę ad hanc rem pertinent, mox explicabimus in quæſt. an in hypotheca generali veniant res venales. Nihil autem huc pertinet *c. quamquam diſt. 23.* Eſt enim illatio in diuerſis: neq; nos ſimpliciter affirmamus, vbiq; & in omnibus eandem eſſe vim generis & ſpeciei expreſſæ. Autoritas Hottomanni nullius momenti eſt: & Jaſonis opinionem hac in re communiter improbari, apparet ex his quæ tradit *Neguz. p.2. memb. 4. n.131.* Et hæc nimir. eſt vis pignoris & imputet ſibi quisq;, quòd ita contraxit, & ſi jus liberum alienandi ſibi parare vult, ſoluat pecuniam, aut conſenſum impetret creditoris. Et, ſi tamen creditor, cui aliàs proſpectum de debito per res alias eſt, malitioſè nolit conſentire, aut aliàs eo non conſentiente & requiſito, facta ſit alienatio, crediderim temperandam eſſe jurisdictionem, *arg. l.2. C. de pignorib.* & negandam ei perſecutionem contra poſſeſſores, ſi ex rebus quæ ſunt apud debitorem ei poſſit ſatisfieri: idque hodie expeditius eſt; poſtquam ex *N.4.* antequam poſſeſſores poſſint conueniri, debitor ipſe eſt excutiendus.

Ca-

Digitized by Google

CAPVT VI.

Explicatur vberius & diſtinctius, quæ contineantur hypothecâ generali.

1. *Nomina ſunt in bonis.*
2. *Et quid ſi quis mobilia tantum obligauerit.*
3. *An mouentia ſint mobilia.*
4. *Ad l. 93. de V.S.*
5. *Quid ſi quis immobilia tantum obligauerit.*
6. *Incorporalia non ſunt immobilia.*
7. *Quid ſi quis mobilia & immobilia obligauerit.*
8. *An ſub obligatione bonorum contineantur res venales.*
9. *De rebus fideicommiſſo ſubiectis.*
10. *De prohibitis alienari ſub pœna.*
11. *De rebus emphyteuticis.*
12. *De rebus dotalibus.*
13. *De pecunia numerata.*

ILLVD inprimis ponendum eſt, quod nomina quoque & actiones contineantur, piget vulgarium & quæſtionariorum ſcriptorum, inter quos facile familiam ducit Hunnius, qui iſtud prolixè diſputant. Equidem verum eſt, quod habetur in *l. minus.* 204. *d. R.I.* minus eſſe, habere actionem quàm rem. Sed non niſi ineptè quis inde concluſerit, aut quod nomina nō contineantur ſub generali hypotheca, aut quod ea non ſint in bonis. Et non omnia quæ in bonis noſtris eſſe dicuntur, æqualiter apud nos ſunt, ſed in bonis tamen ſunt: & plusquam certiſſimum eſt, niſi manifeſtò debitor fortè non ſit ſoluendo. *l. pretia.* 63. §. 1. *ad l. Falcid.* tanto quemq; eſſe & cenſeri locupletiorem, quo plures actiones habet, qui & hoc reſpectu res ipſas debitas habere videtur. *l. is qui* 15. *de R.I.* qua de cauſa & ſimpliciter in bonis eſſe dicuntur. *l. bonorum.* 49. *in fin. d. V.S.* neque quisquā Interpp. hîc dubitat aut diſſentit: quamuis quidam limitationes aliquas admiſerint, quas tamen cōmuniter improbatas docet *Pinell. ad tit. C. de bon. mat. rubr. part.* 1. vbi *n.* 1 *cum multis ſeqq.* confirmat, quod appellatione bonorū, & ſine ſigno vniuerſali, & licet cum adjectione MEORVM veniant quoque nomi-

Digitized by Google

na & actiones, idq; vel maximè procedere in obligatione & hypotheca bonorum, (nam in donatione quidam dubitant, cum iſta ſtrictius accipiatur) in quam rem & expreſſa ſatis eſt, *l. nomen.* 4. *C. quæ res pign.* Et hic injuriam Hunn. facit Jaſ. quaſi hic in *l. ſtipulatio.* 61. *de V. O. in ſ.* ſimlipciter negarit nomina eſſe in bonis, at Jaſoni id in mentẽ numquam venit. Et loquitur ille præterea ibi non de hypotheca, ſed de donatione bonorum quæ ſtrictius accipitur, & amplius non de eo, qui ſimpliciter bona, ſed qui bona mobilia & immobilia donauit. Atq; ita res ſe habet, vbi quis ſimpliciter bona, vel bona ſua obligauit. Vt explica-
2 tius agamus & plenius perq; partes, quæritur primum quid juris ſit, ſi quis tantum obligauerit bona ſua mobilia. Quæſtio pendet ab hoc, quid veniat appellatione mobilium. Et inprimis tenendum eſt, non venire hoc caſu nomina & actiones, quantumuis enim ex non paucorum ſententia nomina & actiones, quæ competunt pro rebus mobilibus, & ipſæ pro rebus mobilibus habeantur, vt cenſent citati à *Tiraq. de retr. gentil.* §. 1. *gl.* 7. *num.* 1. attamen ea opinio non poteſt habere locum, niſi vbi neceſſitas hanc interpretationem ſuadet & vrget: Ceteroquin apertiſſimum eſt, quod actio diuerſa ſit à re quæ eſt in obli-
3 gatione. Alium ſcrupulum hic quidam mouent, quod huiusmodi obligatione, & nimirum mobilium non contineantur, ſerui & alia animalia, quæ ſeipſa mouent, & mouentia appellantur. Et mouentur illi hac ratione, quod non vno loco juris, non duæ ſpecies, rerum mobilium & immobilium, ſed tertia quoque ſe mouentium, proponuntur, vt in *l.* 1. *C. de præt. pignor. l.* 1. *de ædil. Edict. l. ſi filiusfam.* 4. *C. fam. erc. N.* 112. *cap.* 1. §. *ab hoc. l. vn.* §. *cum autem.* 7. *vers. exactio. C. de rei vxor. act. l. ſi quis ad.* 49. §. *eſſe.* 2. *& ſeq. C. d Epiſc. & cler. l.* 2. *vers. ſed vbi quarta. C. quand. & quibus quart. pars. l.* 2. *in. pr. C. de conſtit. pecun. l. in rebus.* 30. *in pr. C. d. jur. dot.* Sed vt vel plures coaceruentur textus, & licet ad omnem dubitationem tollendam aliquando diſtinctius plura membra nominantur, non id tamen efficiet, quo minus reuera iſta quoq; & v. c. ſerui, pecudes, rectè appellentur res mobiles, quod pueri ex phyſicis principiis ſciunt. Nec quiſquam aliter reſponderit, quam quod verbi cauſa, ſub legato rerum mobilium & iſta contineantur; itaq; & continebuntur ſub pignore rerũ mobilium. Difficilius quis dixerit, vt ſub mouentib. etiam v. c. res inanimæ aut vegetanti anima tantũ prędità contineantur: ſed contra tamen eſſe ex vſu juris probat *l. mouentium* 93. *de V. S.*
4 vbi JCtus ait, eadem contineri mouentiũ & mobilium appellatione: *niſi tamen* (vt ibi additur) *appareat*, vel, *ſi non appareat*, teſtatorem v. c. per

mouentia,

Digitized by Google

mouentia, tantum animalia quæ ſeipſa mouent, intellexiſſe. Et ita omnino ibi legendum eſt, quomodo & vulgatæ quædam lectiones habent, nam aliæ, & quidem antiquiores, conueniunt cum lectione Florentiana, *ſi tamen*, ſed haud dubiè vitioſè.

Quid porro, ſi quis immobilia ſola pignore obligauerit? ſcil. ve- 5
niunt ita fundi, vineæ, ædes, & omnia prædia & ruſtica & vrbana. Sed magis hic in dubium vocatur, an etiam nomina & actiones ſub bonorum immobilium appellatione contineantur. Quod ego negandum puto: quoniam nomina & actiones ſunt jura incorporalia, quæ nec mobilia ſunt nec immobilia: & Dd. noſtri communiter rectè tertiam ea bonorum ſpeciem conſtituere adfirmant: *Bart. in d. l. mouentium. 93. d. V. S. Lud. Rom. conſil. 509. incip. circa proprium. n. 17. Colerus de proceſſib. execut. p. 1. cap. 3 n. 236. Finell. de bon. mat. rubr. p. 1. n. 24. plures apud Tiraq. de retract. gentil.* §. 1. *gloſſ.* 7. licet aliquando jure immobilium cenſeantur, vbi ſcil. ipſa neceſſitas ita interpretari ſuadet, cum facta mentione bonorum mobilium & immobilium, nomina tamen actionesque à bonis ſeparari non poſſunt, quæ eſt ſententia *Gl. in d. l. 93. de V. S.* qua de re tractant autores citati, itemque *Gæld. in l. bonorum. 49. n. 14. de V. S. Bald. in l. jubemus nulli. 14. C. de SS. Eccl. n. 4. Alex. in l. ſi conſtante. 24. ſol. matr. §. ſi bona. n. 9. Cann. & Couar. in cap. relatum. 12. de teſtam. Iaſon in l. ſtipulatio hoc modo. 61. in fin. de V. O. Alciat. & alij in d. l. 93. de V. S.* Cetero- 6
quin certum eſt, incorporalia jura non eſſe immobilia, nec in terminis huius quæſtionis, vlla ratio aut neceſſitas ſuadet, vt contra proprietatem verbi ſub immobilibus bonis etiam jura comprehendi reſpondeamus: cum appareat contrahentes tantum obligare voluiſſe vnã ſpeciem bonorum. Hunnius contra ſub immobilibus propriè & verè contineri pronunciat nomina & actiones, & hanc ſententiam longè veriſſimam & rationi conſentaneam eſſe, pronunciat: hoc argumento. Quod, quæ non poſſint moueri, ſint immobilia, nomina autem actionesq; non poſſunt moueri. Vtitur quidem eo argumento etiam Accurſ. in *d. l. mouentium. 93. de V. S.* Sed non eo minus vitioſum eſt argumentum, quo quidem & Deum immobilem eſſe dixeris: itemque lapidem, quia non videt, dixeris eſſe cæcum. Logici ſciunt, quòd habitus & priuatio non niſi de ſubiectis proprijs prædicentur; motus autem & quies ſunt propriæ affectiones corporis naturalis. Et malè etiam reſpondet Hunn. ad text⁹ quib. diſertè nomina & actiones à reb. immobilib. ſeparantur, & nimir. ad *l. à Diuo. 15. §. 2. de re jud. l. 7. §. 4. de peculio.*

Digitized by Google

quod ibi nomina non rebus immobilibus ſed rebus ſoli opponantur: quoniam juris noſtri perpetuo vſu iſta ſunt ſynonyma; Malè etiam ad *l.2.C.de quadr.præſcr.* in qua perſpicuum eſt, quod iſta inter ſe oppo-
7 nantur. Quid porrò tertio, ſi quis bona mobilia & immobilia hypothecæ obligauerit, an ſaltem tunc nomina & actiones continebuntur? Poſſit videri ſecundum præmiſſa vix hic eſſe ratio dubitandi, ſed eſt ſane non improbabilis, quod vtrâque ſpecie expreſsâ poteſt videri quis omnia bona ſua obligata voluiſſe: qua ratione mouetur *Pinell. ad tit. C. de bon. matern. rubr. p.1.n.29.* quamuis fateatur contra ſentire communiter Dd. & quod per ſubiecta verba, *mobilia & immobilia,* reſtringatur verbũ præcedens *bona* (quod nimir. alias etiam contineret nomina & actiones) *n.15.* adeo, vt hoc procedere ſtatuat *n.31.* licet dictum ſit, *bona mobilia & immobilia omnia,* de quo tamen ex mente contrahentium ſtatuendum videatur. & adde *Neguz. p.2. mem.2. n.9. Couar. de teſtam. cap.12. n.2.* Sed hæc ad iſtam quæſtionem ſufficiunt. Porro
8 quæritur, an ſub obligatione bonorum etiam contineantur res venales. vbi 1. ſecurè nimis Hunnius ſcribit, negatiuuam ſententiam eſſe cõmuniorem: quod contra eſſe in terminis quoq; legatorum bonorũ, apparet fere ex *Pinello de bon. mat. p.1. rubr. n.36 & ſeqq. Neguz. p.2. mem.2. n.14.* Et ex eodem *Pin. n.13.* quod etiam hi qui in legato negant venire venalia tamen ob modicitatem præiudicij affirmant venire in hypotheca bonorum: quæ noſtra quæſtio eſt, & in qua vtique affirmatiua erit communior: neque omnino nullius momenti hęc res eſt, quando juxta communem opinionem in foro judicari ſolet. Et hinc ſecundum eſt vitium diſputationis Hunnij, quod quæſtionem propoſitam de pignore tractat tantum in terminis legati: Et illud malè, quod ita ſimpliciter remouet argum. ex *l. generali. §. vxori. de vſufr. leg.* quod argumentum à contrario ſenſu non procedat contra expreſſos textus, quos ille opinionis errore ſibi fingit. Sed illud prorſus malè, quod negat res venales eſſe in dominio teſtatoris aut debitoris. Et cuius verò tandem erunt? cum conſtet res non tantum venales, ſed & venditas, necdum traditas, manere in dominio venditoris. Nec melius reſpondet *ad l. pen. in pr. de pign.* Quod enim ibi in ſpecie merces obligatæ ſint, verum non eſt, ceteroquin alienari non poſſent: & omnino taberna in genere ibi obligata fuit. Nos paucis agamus. Et vt aliquid obiter de legato dicamus, probo omnino ſententiam *Pinelli, Menochij. 4. præſ. 137. Couar. 2. reſol. 5. n.3.* quod legatis ſimpliciter bonis & mobilibus etiam venalia comprehendantur, probat id inuicta ratio, quod & ve-

& venalia, contra quam abſurdiſſimè ſcribit Hunnius, vtique ſunt in bonis teſtatoris: & cum nemini ea ſint adfecta, nihil dici poteſt, cur non legato contineantur. Eóq; inducit *Pinell.* contra *Bald. & ceteros, l. generali.* § *vxori. de vſuf. legat.* à contrario ſenſu, quoniam ibi ſit legatum bonorum cum reſtrictione ad locum, & quod ea, quæ quis venalia habuit, non cenſeantur eſſe in illo loco, vt docet *l. ſi fundus.* 44. *de legat.* 3. & præterea, quod ego addo, eſt ibi legatũ non proprietatis, ſed vſusfructus, neque eorum quæ quis diſtrahere volebat, cenſetur voluiſſe legare vſumfructum. Huic opinioni objiciuntur duo textus, vnus in *leg. pediculis.* 32. §. *Idem.* 4. *de aur. & arg. leg.* Ad eum ſanè rectiſſimè reſpondet Couar. citato loco, quod ornamentum muliebre intellexerit teſtatrix reſpectiuè, & relatiuè ad perſonam ſuam, & quod nimirum ipſi ornamentum & pro ornamento erat, quo ſe ornare ſolebat, quale vtique non fuit illud, quod negotiandi cauſa teſtatrix extra vſum ſuum habebat. Alter textus eſt in *l. ſuos.* 73. § *pen. de legat.* 3. Ad hunc *Pinell. d. loco* reſpondet, aliud eſſe in legato generali bonorum: aliud in legata ſpecie certa bonorum, quod legati genus eſſe reſtrictius ibidem *nu.* 44. multis confirmat: & JCtus ex verbo SVOS, interpretatus eſt mentem teſtatoris: & quod intellexerit ſeruos, quos in miniſterio & operis ſuis habuit. Ex quo intelligitur, quam ridiculè ex eo textu Hunnius probet, quod ſerui venales non ſint in dominio teſtatoris. Hæc de legato. Quod hypothecam attinet, vt paulo ante diximus, opinantur Dd. facilius eſſe vt in pignore omnium bonorum, ſiue ſimpliciter bonorum, contineantur venalia, cum minus hic verſetur præiudicium. Sed ego ex aduerſo conſidero, quod cũ ex mente contrahentiũ de hac re ſit ſtatuendum, & verò obligatio pignoris efficiat, vt heres liberè amplius diſtrahi poſſit, non videri illam voluntatem debitoris, bona ſua in genere obligantis, fuiſſe, vt etiam ſub hypotheca comprehenderentur res venales. Itaque aut omninò contineri hypotheca generali res venales, aut ſi ipſo jure forte ob generalitatem contineantur, putem exceptione repellendum creditorem, ſi eas res venditas hypothecaria actione perſequi inſtituat. Et hæc ita in eiuſmodi debitore qui mercator non eſt. Sed in mercatore obligante ſua bona, & qui fere nihil niſi venalia bona habet, vel qui nominatim tabernam obligat, prorſus ſentio cum *Menochio de interd. Saluiano n.* 127. quod iſta hypotheca res ſingulas non ita adſiciat, vt diſtrahi ſine onere non poſſint, quoniam ita negotiatio debitoris omnino impediretur: Sed quaſi in genere, dum alia in locum aliorum ſubrogantur: ita vt effectu pi-

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

gnori teneantur, quæ eo tempore,quo inſtituitur hypothecaria actio inter res venales aut in taberna reperiuntur.

9 Quæritur amplius de rebus fideicommiſſo ſubiectis. Et, ſiquidem fideicommiſſum purum ſit,aut in diem certum,res liquida eſt, ex *l.vlt.* §.2.*C.comm.de legat*. Quodſi fideicommiſſum ſit conditionale,cũ in *d.l.vlt.* §.3. Juſtin. pignus ſpeciale etiam admittat, videri poſſint res eiuſmodi & in generali obligatione venire,ita videlicet,vt conditione exiſtente,obligatio retro habeatur pro nulla.Sed contra,cum ibi Juſt. improbet & damnet ſpecialem hypothecam,ita nimirum, vt auaritiæ debitoris eam imputet,non immerito quis crediderit, debitorem generali hypotheca non voluiſſe bona ea obligata& cõprehenſa,quorũ pignorationem lex ferè improbat, quæ & cõmunis ſententia eſt Dd.
10 referente *Neguz.part.* 2.*mem*.2.*n*.53. Et hinc tanto magis ſtatuendum eſt,generali hypotheca non contineri bona,quæ ſub pœna ſunt alienari prohibita. Licet enim diuerſa ſint pignoris obligatio, & alienatio,attamen pignoratio obliquè ad alienandũ tendit, & regulariter communi jure,quæ alienari non poſſunt,eorum quoq; hypotheca eſt improbata.*l.vlt.C.de reb. alien. non alien.* qua de cauſa feudum quoque nec hypothecari poſſe cõmuniter receptum eſt, *per.c.vn. de prohib. feud. alien.per Frider.* quod argum. Hunnius *q.*16. malè improbat. Et ineptè obijcitur,quod in odioſis non fiat extenſio: vel quia illa reuera extenſio non eſt: vel potius,quoniam hac ipſa ſententia excludimus odium & pœnam; nec vlla ratio eſt cur ſub hypotheca generali iſta bona comprehendamus, quæ creditor per *d.l.vlt.* perſequi & vendere non poſſit. Quinimo hæc quæſtio, quo ad incurrendam pœnam, non niſi in hypotheca ſpeciali locum reperire poteſt: in generali inepta eſt, aut ratione dubitandi penè caret: neq; enim ad excuſandum à pœna debitorem, neceſſum eſt eò decurrere, vt dicamus, ſub alienatione non contineri hypothecam: Sed potius dicemus,quod debitor nihil fecerit contra prohibitionem,qui bona ſua indefinitè obligauit,& de ijs ſenſiſſe intelligendus eſt, quæ potuerunt jure pignori necti, vt defendi non poſſit Hunij ſententia, qui ea bona in generali obligatione putat comprehendi, cui & communis opinio contradicit, atteſtante *Neguzantio p.* 2. *memb.* 2. *num.* 42. Itaq; nec bona feudalia comprehenduntur, *Neguz. d.loco n.* 43. & nos plura dicemus *infra de rebus alienis.* circa regulam *l.* 9. *de pignoribus.* Quid de rebus emphyteuticis?
11 Sæpe monuimus, communiter errare Interpp. qui rem emphyteuticam

Digitized by Google

eam referunt inter res alienari prohibitas, ex *l. 3. C. de jur. emph.* quoniam ibi Justin. nihil aliud conſtituit, quàm vt emphyteuta venditurus, neceſſe habeat id domino denuntiare, qui ſi emere velit, alijs præfertur: quod ſi denuntiatione facta domin⁹ intra duos menſes voluntatem ſuam non declaret, & ipſe inuitiſſimo emphyteuta alienare poteſt. Itaque non tantum fundus emphyteuticus obligari in ſpecie poteſt, ſed & generali obligatione bonorum comprehenditur, & creditor jus ſuum perſequens, & fundum venditurus, denuntiare id eodem jure domino tenebitur. Proinde prorſus inter ſe non pugnant *l. lex vectigali 31. de pignorib. §. adeo Inſt. locati & d. l. 3. C. de jure emphyt.* quæ malè inter ſe opponit Hunnius *quæſt.* 15. *&* 18. qui & malè diſtinguit inter prædium ſiue fundum emphyteuticum, & jus emphyteuticum, de quo in ſpecie & ſolum ait tractari in *d. l. 3.* quod quidem falſiſſimum eſt. Agitur enim ibi de meliorationibus, quæ faciunt partem fundi: agitur de emptore, qui ſit canoni ſoluendo idoneus: agitur denique de quinquageſima æſtimationis rei venditæ, & ipſius loci, qui ad aliã perſonam transferendus eſt: neque niſi ridiculè poteſt fingi ſeparatio juris à fundo, qui vtique ſine iniuria domini liber in alium transferri non poſſit. Et hanc ſententiam, quod in generali obligatione bona etiam emphyteutica veniant, probat *Iaſon poſt multos in leg. 3. de jure emphyt. col. 25. in fin.* & communem teſtatur *Neguzant. p. 2. memb. 2. nu.* 28. Sed falſa & paulo ante refutata eſt ratio Jaſonis, quod etiam contineantur prohibita alienari, quod & ibid. rectè cum Dd. negat Neguzant: ſed dum emphyteuſin prohibitam alienari, errore communi putat, in remouenda obiectione illa miſerè & ineptè ſe torquet. Tradunt tamen non pauci hanc limitationem, vt non valeat hypotheca, ſi pro tanto pretio ſit facta, vt nulla ſit ſpes luitionis: ponit id ita *Treutl. de pign. th. 2. lit. d.* Sed ea quidem quo ad obligationem bonorum generalem inepta limitatio eſt, & an hæc ratio impediat ſpecialem hypothecam rei emphyteuticæ infr. *in Tr. de rebus lib.* 2. videbimus. Quid 12
de rebus dotalibus? De ſpeciali earum hypotheca infr. d. loco agemus. Sub generali hypotheca, qua vxor obligauit bona ſua, non poſſunt venire propter jus mariti: ſed nec ſi maritus omnia bona ſua obligauerit, bona dotalia venire, verius eſt: vt rectè Doctores communiter, quos refert & ſequitur *Neguzant. part. 2. membr. 2. num.* 58. quoniam ſunt affectæ vxori eiusque heredibus, quibus ſunt reſtituendæ, idque tanto magis procedit poſt *l. in rebus. C. de jure dot.* qua penè dominium earum mariti eſſe negatur; quin imo jam

olim

Digitized by Google

olim lege Julia diſertè fundus dotalis obligari prohibitus fuit: quod jus auxit Juſt. *in pr. Inſt. quib. alien. licet.* idem autem vix dixerim in reb. mobilibus, cum maritus has alienandi jus habeat. *l. 3. §. 2. de ſuis & legit. l. 3. C. de jur. dot. l. 1. l. vlt. C. d. Seru. pign. dato. l. 12. de manumiſſion.* Vix etiam, licet aliter Dd. ſentire videantur, in æſtimatis rebus, quoniam per modum emptions verum iſtarum rerum dominium maritus cõſequitur. *l. plerumq; 10. in pr. §. 4. de jure dot.* & tamen poſtquam Juſtinan. in *l. in rebus 30. C. de jur. dot.* etiam harum rerum, ſi ſoluto matrimonio extent, vindicationem vxori conceſſit, hactenus & in iſtum euentum hypotheca eorum inutilis erit.

Illud denique huc pertinet, quod ſub hypotheca generali etiam corpora pecuniæ, quæ ſunt penes debitorem contineantur. *l pen. §. vlt. de pignor.* ex quo textu & ex verbis AB ALIO rectè excipiunt Interpp. pecuniam quam dedit ipſe creditor, cui bona obligata fuerunt: cum enim pro ea ipſa bona debitoris teneantur, inconcinnum ſit, vt & illa ipſa pecunia intelligatur obligata. Sed & quid ad aliam pecuniam attinet, id ita accipiendum eſt, & eo effectu, vt mora facta eam adhuc extantem apud debitorem perſequi creditor poſſit: non autem vt debitor in ea pecunia negotiari, & eam ſine onere pignoris expendere, ſecundum quod negotia ipſius exigunt, non poſſit. Quod non ſine maxima iniuria & incommodo debitoris ſtatui poſſit: cum ea ſit natura pecuniæ, vt continua permutatione, cui & deſtinata eſt, conſumi videatur: & facit *argum. ex l. deniq; 7. §. 1. Qui potior.* vbi res negatur ob hoc pignorata, quod ex nummis pignoratis exorta eſt: & huc pertinet tractatio, an pecunia ſoluta creditoribus, poſſit ab anterioribus, generalem habentibus auocari. De quo agemus *infra lib. 4. de jur. prælationis.* Procedit autem illud quod diximus *ex l. penul. §. vlt. de pignorib.* etiam in hypotheca generali tacita, vt poſt Baldum rectè tradit *Neguz. pag. 2. memb. 4. num. 66.*

CA-

CAPVT VII.

De his quæ non contineantur hypotheca generali, cum adjecta quæſtione, an veniant & bona heredis.

1. *In generali pignore non veniunt quæ quis non præſumitur obligare.*
2. *Item non veniunt ſeruitutes.*
3. *Ad l. 1. de vſu & vſufr.*
4. *An ſub generali hypotheca contineantur res heredis.*
5. *An teſtator poſſit obligare res heredis.*

DE prima parte, ex his quæ diximus *cap. præc.* judicium fieri poteſt, ſed quædam præterea addemus. In hypotheca generali non veniunt, quæ nemo veroſimiliter obligaturus eſſet. Nimirum hactenus plus operatur ſpecialis hypotheca. Quæcunq; ſub generali veniunt, eadem & multo magis nominatim obligari poſſunt, ſed non contra: ſunt enim quæ rectè expreſſim obligantur, & quæ tamen in generali hypotheca non veniunt. Et huius generis rerum ferè duæ ſunt ſpecies: altera earum, ad quas quis habet adfectionem; quò pertinent, concubinę, liberi naturales, alumni: altera earum, quę ſunt in vſu quotidiano, veluti mancipia neceſſaria, ſupellex, veſtes, juxta *l. obligatione. 6. cum. 2 ſeqq. de pign. l. 1. C. quæ res pignor.* quod obtinet non tantum in rebus iſtis poſt quæſitis, ſed etiam in his, quæ tempore obligationis fuerunt debitoris. *l. Sed etſi. 9. in pr. de pignorib.* itemq; obtinet, licet obligatio facta ſit cum ſigno vniuerſali OMNIVM bonorum, vt rectè contra Decium diſputat *Neguzant. p. 2. memb. 2. n. 37.* Adeo cum iſtæ res ſint exemtæ ex obligatione, nec mortuo quidem debitore, quo caſu rationes ſupradd. ceſſant, creditor eas perſequi poterit: quia, vt dixi, rationes iſtæ faciunt, vt ab initio obligationi eſſe credantur exemtæ. Et tanto magis igitur iſtud obtinebit in his, quæ in ſpecie non poſſunt obligari de quibus *infr. lib. 2.* Et ad iſtam tamen regulam, quæ proponitur in *d l. 8. cum ſeqq. de pignor.* duplex à quibuſdam traditur limitatio. Prima eſt, ſi obligatio generalis concepta ſit poſt mortem, *Neguzant. p. 2. memb. 2 n. 35.* Ea limitatio falſa fortaſſe ſit ex ratione juris veteris, quo obligatio non poterat incipere ab herede nec contra he-

redem,ſed ſublatâ iſtâ regulâ *l.vn.* C. *vt act. ab hered. & contr. hered. incip.* benè defenditur: & tamen eam ad ſpeciem alteram reſtrinxerim,& ea quæ in defuncti quotidiano erant vſu: in eis autem quæ ob affectionẽ defuncti ſpecialem,non veniunt in generali obligatione, vix admiſerim, hac ratione,quod eadem affectio & in herede duratura præſumitur,ſicut quidem durare debet. Altera limitatio traditur ab *Obrechto de pignor. th* 105. *& ſeqq.* vt regula ea non procedat in inuectis illatis in prædium vrbanum, quæ tacitè tenentur obligata:tum quod eiuſmodi ferè res tantum ſoleat inuehi,vt ibi ſint perpetuo, vt alias vix quidquam ſit futurum quod locatori teneatur:tum *arg. l. ſolutum. §. ſolutum. de pign. act.* quandoquidem ſub friuolis,quæ ibi obligari dicuntur,vtiq; & ſupellex & veſtes contineri videantur:cum & illatio inuectioq; magis res ſingulas videantur afficere. Sed huic limitationi communis opinio repugnat, quam referunt & ſequuntur *Neguzant. p. 2. membr.* 4. *n.*151. *Menoch. remed.* 3. *adip. poſſ. n.* 139. quem & ego ſequi malim: cum alia ſint,quæ præterea inferantur,& quæ ſub friuolorum appellatione veniant, & quæ pro mercede aut deterioratione, quæ & ipſa res non magni momenti eſt,teneantur. Neq; v. quiſquam veſtes neceſſarias, multò minus res ceteras,ad quas conductor habet adfectionem,propterea dixerit tacito pignore inuectorum contineri, & in dubio regulæ eſt ſtandum.

2 Alia præterea,extra res de quib. in *d. l.* 8. *& ſeqq. de pign.* agitur,ſpecies rerum videtur ſtatuenda, quæ non teneantur generali obligatione:& quæ nimirum,licet ſpecialiter obligari poſſunt,tamen communi juris rationi eorum obligatio repugnat: eiuſmodi ſunt ſeruitutes jam conſtitutæ: quas negabo omnino in generali obligatione bonorum contineri: quod & ipſa ratio oſtendit, & de iſto genere pignoris lib. 2. dicemus. Qua in re itidem perſpicuè Hunn. labitur,qui dum ſingula, quæ in bonis cenſentur,contineri generali tradit hypotheca, eo ipſo loco ſtatim eſſe ſeruitutes in bonis, ſcribit. Adfirmo quidẽ & ego, ſeruitutes rectè computari in bonis: ſed enim nego eas contineri ſub generali hypotheca,ob propriam illarum hac in re rationem,de qua tractabimus infr. d. loco,vbi de rebus. Et libet obiter explicare *l.* 1. *in f. de*
3 *vſu & vſufr.* Leg. quo textu, aliqui probari exiſtimant, quod ſeruitutes nec in bonis, nec extra bona ſint. Permiſſum erat, vt omnium quæ in bonis noſtris eſſent, per legatum conſtitueretur vſusfructus. Quidam legauerat alteri vſum itineris per fundum ſuum, vt ei ita ad tempus
vitæ

vitæ ire per fundum liceret : is ſane non poteſt hoc modo dici legaſſe
vſum rei quæ in bonis ipſius eſſet, cũ jus tale nullum, & needũ adhuc
ſit, ſed demum per heredis patientiam & vſum alterius ineſſe deduca-
tur: & rectè igitur iſtud jus, imo nudum adhuc jus, nec in bonis, nec
extra bona eſſe dicitur.

Supereſt pro ſupplemento materię quæſtio: An ſub generali hy- 4
potheca, quã contraxit defunctus, cenſeantur comprehenſa etiã bona
heredis qui debitori ſucceſſit? Multa vt quętere & diſputare nos opor-
teat, impudentia quorundam, an ignorantia facit. Et vidi enim, qui ꝓ-
lixa ſcripta conſultatione hoc tamquam rem omnino liquidam aſfir-
maret. Et tamen ex ratione juris id falſiſſimum, & ſententia negatiua
eſt veriſſima, & probatur ex *l. Paul. 29. in pr. de pign.* vbi Paul[9] ait, genera-
lem conuentionem ad obligationẽ pignorum ſufficere: ſed ea, quæ in
bonis defuncti nõ fuerunt, & quæ poſtea ab herede ex alia cauſa quæ-
ſita ſunt, à creditore vindicari non poſſe. Et ne quis erret, bona, poſtea
ex alia cauſa quæſita, nõ opponũtur bonis, quæ tempore aditionis ha-
buit heres, (nam vt hæc tenerẽtur, maior eſſet ratio, ſi bona quæcunq;
poſt quæſita pignori eſſent) ſed opponuntur bonis, tum ipſius debi-
toris, tum ijs, quæ hæres ex cauſa à defuncto cœpta & profecta, ad-
quiſiuit: & quæ nimirum in hypotheca generali defuncti compre-
henduntur: quia, vt ſic loquar, originem ſuã & primã cauſam ſequun-
tur: veluti, ſi poſt mortem conditio obligationis à defuncto contra-
ctę, extiterit: eoque pertinet, *l. pen. in pr. de pign.* vbi obligata taberna,
dicuntur teneri merces, quæ tempore, quo moritur debitor, fuerunt:
& igitur, non poſt adquiſitæ, niſi heres eas adquiſiuerit, tractando &
explicando negotia per defunctum cœr. ta, vt rectè ex Dd. *Neguz. p. 2.
memb. 2. n. 22. in fin.* Et igitur vt generali obligatione defuncti res veni-
at, oportet eam aut cauſam adquirendi profectam eſſe à debitore : vt
docent *l. & quæ. 15. §. 1. de pign. & l. rem alienam. 41. de pign. act.* vbi re-
ſpondetur, non ſufficere vt res teneatur pignori, quod debitor domi-
nus eſt: qui videlicet debitori ſucceſſit: ſiquidem hæc ſucceſſio & re-
præſentatio co tantum pertinet, vt ſuſcipiat heres in ſe perinde ac de-
bitor ipſe, perſonales obligationes. Nec niſi ineptè quis hic obiecerit,
quod heres ſuccedens, ex quaſi cõtractu obligetur: quoniam hoc mo-
do heres legatarijs obligatur: & nihil hoc prorſus ad obligandũ bona
heredis: Et iſta quoque eſt communis Dd. ſententia. Et Br. indefinitè
ad d. leg. 29. d. pignorib. adnotauit, quod non porrigatur ad bona
heredis, à defuncto facta oppignoratio: & in terminis fortioribus. *Cy-*

Digitized by Google

nus:Gl. Salic. Bart. & ceteri in l. adſiduis. C. Qui potiores. negant bona eſſe obligata vxori pro dote, etiamſi ex bonis mariti per negotiationem heredis ſint quæſita: Et nec legatarios, in bonis heredis, neque pupillos in bonis heredum tutoris, habere hypothecam, ex Dd. *Neguzant. ſcribit p. 2. membr. 4. n. 11. & n. 159.* Quid autem juris, ſi bona heredis expreſsè obligauerit defunctus, & an id jure facere poſſit, Neguzant. idem tractat *p. 2. memb. 2. n. 55. & ſeqq.* Sanè res ſingulæ ſub conditione ratum habituri domini, rectè videntur obligari: quæ ſane ineſſe videtur conditio, ſi quis rem alicuius obliget, quá heredis futuri: nec minus ratum habere videtur, qui non ignarus cum ſit eiusmodi obligationis, adit hereditatem. Et, quod nulla etiam mentione heredis facta, ſi quis rem alicuius obligauerit, confirmetur hypotheca, ſaltem vt vtilis actio creditori detur, ex ſententia Modeſtini efficitur, per *l. 22. de pign.* ſed non ex ſententia Pauli *in l. rem alienam* 41. *de pign. action.* de quo agemus infr. *vbi de pignore rei alienæ*: ſed ſane *d. l. 22.* ex Dd. communi ſententia non poteſt adduci, qui eam de contraria pignoratitia interpretantur. Et ipſi tamen exiſtimare frequentius videntur, quod teneat hypotheca, ſi defunctus futuri heredis res obligauerit, & pro eo promiſerit de rato: quod videlicet tum heres ratum habere contractum teneatur: vt notat *Neguz. p. 8. memb. 3. n. 7.* ſed iſtud pertinet magis ad *Tr. lib. 2. de Reb.*

Caput VIII.

De hypotheca expreſſa.

Diximus ſupra, vtrumque pignus, & tacitum & expreſſum, eſſe aut ſpeciale aut generale. Et poſtquam igitur, quid ſpecialis, quid generalis ſit hypotheca, & quid vtraque contineatur, expoſuimus, jam ratio ordins poſtulat, vt vtriusq; hypothecæ, & tacitæ & expreſſæ, exempla & cauſis exponamus. Et de expreſſa paucis abſoluemus. Hypotheca expreſſa generalis conſtituitur 1. per conuentionem ipſorum contrahentium. 2. per diſpoſitionem teſtatoris. Si hic, verbi cauſa, jubeat, vt bona ſua ſint obligata legatariis vel etiam creditoribus. 3. per immiſſionem prætoris ex primo decreto. Hypotheca expreſſa ſpecialis eſt, quæ conſtituitur 1. per conuentionem ſuper rebus ſingulis. 2.

Per

Per immiſſionem ex jure hodierno, vt quidam communiter putant obtinere poſt N. 53. *cap.* 4. *inf.* vt tantum immiſſio fiat pro quantitate debiti, de quo alibi tractatur. 3. Per immiſſionem ex primo decreto, ex cauſa damni infecti in ædes quæ minantur ruinam, & quarum dominus non cauet, *arg. l.* 1. *in fin. Quib. ex cauſ. in poſſ. eatur.* 4. Per capionem ex cauſa judicati. *l.* 10. *Qui potiores:* Et deniq; 5. itidem per immiſſionem ex primo decreto, ſed ex cauſa in rem actionis, vbi poſſeſſor non comparet: Ita enim mittitur petitor & qui ſe rei dominum eſſe intrudit in poſſeſſionem, ut quaſi eam cuſtodiat, & domino reuerſo intra annum, & ad defendendum ſeſe offerente, de poſſeſſione decedere, & rem reſtituere teneatur, juxta diſpoſitionem Juſtiniani, *in l. ſi quis emptionis.* 8. § *pen. C. de præſcript.* 30. *ann.* de qua re proprio loco tractatur.

CAPVT IX.

Species hypothecæ generalis tacitæ.

1. *De hypotheca fiſci.*
2. *Quid de vnitatibus.*
3. *Hypotheca earum in bonis adminiſtratorum.*
4. *Hypotheca pupillorum in bonis tutorum.*
5. *Quando incipiat iſta hypotheca.*
6. *An ſit demum à Conſtantino.*
7. *Ad l. vn. C. rem al. gerent.*
8. *De hypotheca liberorum in bonis patris.*
9. *Conciliatio l. 6. §. 2. C. de bon. quæ lib. cum. § vlt. eiuſdem L.*
10. *Quando incipiat iſta hypotheca.*
11. *Hypotheca vxoris pro dote.*
12. *Quando incipiat.*
13. *De hypotheca pro paraphernis.*
14. *De hypotheca in bonis parentum.*
15. *Et etiam in bonis vitrici.*
16. *An filius mancipatus habeat hypothecam.*

MATERIA hypothecæ tacitæ prolixiorem & operoſiorem habet:

 tracta-

Digitized by Google

tractationem. Et primò, quæ ſunt generales, videntur eæ omnes eſſe ſimpliciter legales. Nulla enim hic eſt conuentio. Et, v.c. adminiſtratio rerum pupilli: vel ductio vxoris, non poſſunt dici habere tacitam conuentionem de obligandis bonis: vel hoc ſolidiſſimo arg. quod nõ ſemper bona tutorũ & mariti hypothecæ obligata fuerũt: & hypothecę iſtæ ſunt & dependent à poteſtate mera juris, ad illas autẽ inducendas facta illa ordinata non ſunt, videri poſſit exceptio in hypotheca tacita invectorum & illatorum in ædes, & quæ naturã generalis hypothecę ſapit. Sed nimirum non poteſt conſiderari vt generalis, niſi quatenus ex inuectione pluriũ rerũ collecta & conſtituta: adeo per ſe generalis non eſt, & ſingulæ illationes totidem tacitas habent cõuentiones. Sed
1 jam ordine hypothecas tacitas generales videamus. Inter eas meritò primum locum occupat hypotheca Fiſci, vti res debitorum tacitę obligatæ ſunt, pro tributis *l. 1. C. In quib. cauſ. pign. tac.* & ex cauſa contractuum *l. 2. C. eodem. Neguz. p. 2. memb. 4. n. 125.* nec tantum tamen ex contractibus proprijs, ſed & alterius cui & in cuius locum ſucceſſit, nimirum ex quo tempore ſucceſſit: ceterum quo ad tempus anterius, cũ non poſſit conſiderari niſi qua ſucceſſor, priuati, jure quoq; vtitur. arg. *l. reſcriptum. 10. in f. per junct. gl. 16. de pact. l. cum quidam. 17. §. Fiſcus. 5. de vſuris.* velut hoc explicatur in *l. 6. de jur. fiſci.* At enim, vbi de perſequendis bonis caducis aut publicatis, multisue agitur, nullum priuilegium adeo fiſcus habet, vt & ceteris omnibus creditoribus anteriorib. poſtponatur: quibus imo ipſe fiſcus, qui inſtar herèdis eſt, ſatisfacere tenetur. *l. quod placuit. 37. de jure fiſc. l. vn. C. pœn fiſc. cred. præf.* & plura apud *Neguz. p. 2. memb. 4. n. 115.* Ex quibus explicandum eſt, quod habetur in *l. auferetur. 46. §. Fiſcus. 3. de jur. fiſci.* nimirum, fiſcum ſemper habere jus pignoris: omnibus ſcilicet caſibus quibus ipſi jus iſtud datum eſt: Specialem autem & priuilegiatam hypothecam habet fiſcus ex cauſa eius, quod principibus debet: vt etiam nomine hoc bona vxoris ſint obnoxia. *l. ſatis 4. C. in quib. cauſ. pign. tac. etc.* & quod adhuc mirius eſt, liberi pro patre, cui heredes non extiterunt, teneantur *l. vlt. C. de primipilo*, ceſſante hîc beneficio abſtinendi. Hanc verò
2 hypothecam habet Fiſcus: aliæ ciuitates & Reſpubl. non habent: Conuenit enim inter omnes, ſine lege hanc hypothecam non competere: Soli autem Fiſco hanc hypothecam legimus eſſe conceſſam: nec quidquam rurſus certius eſt, quam Reſpub. in ſpecie ita dictas jure noſtro, ſubiectas Imp. Romano, fiſcum nunquam dici habere. Diſputamus

mus hic ex jure Romano : Ceteroquin plurimi hic ineptuli ſunt, & neſcio quam prærogatiuam opinionis errore tribuunt Imperio Garmanico præ Regibus & Principibus alijs, decepti neſcio qua imaginaria prærogatiua veteris Imperij Romani : de cuius translatione in Germanos, quæ vulgo feruntur, notiſſima ſunt: & quæ mea hac de re ſit ſententia, vt aperiam, nec locus hic fert, nec omnino ego jam aperire velim. Prorſus conditio hodierna Imperij Romano-Germanici, prorſus diuerſa eſt, à veteri Imp. Romano. Et hodiernus ſtatus non eſt purè monarchicus, ſed ex monarchicis & Ariſtocraticis rationibus temperatus : & ſtatus Imperij, licet non eodem gradu, cum Imperatore tamen nihilominus jura regalia, & proinde fiſcum quoque habent: à quo jure nec ciuitates Imperij quæ dicuntur, quæ & ipſæ ſtatus Imperij ſunt, excludi poſſunt : contra quam malè facit *Hunnius quaſt.* 24. Nos intra terminos hic maneamus, & ex ratione juris noſtri diſſeramus. Ciuitates olim ſub Impp. Romanis, & his abſolutè ſubiectæ erant; & jure priuatorum, quatenus opponebantur Reipub. Romanæ, cenſebantur, *l. cum qui* 16. *de V. S.* itaq; nec jus fiſci aut tributi, & porro nec ex contractibus ſuis jus hypothecæ tacitæ habebant, quam & communem ſententiam Dd. refert *Neguz. p.* 2. *memb.* 4. *n.* 119. Et hinc fit, vt paſſim legamus, ciuitates de hypotheca conueniſſe (quamuis aliàs nihil prohibeat, eum qui tacitam hypothecam habet, inſuper de expreſſa conueniri) *l. ſi pignus* 8. *Quo potiores l. ſi fundum.* 4. *C. eod. fac. leg. vlt. C. de his qui in prior. cred. locum l.* 3. *in fin. C. Qui potior.* Et ne multis agamus, ſcriptum exſtat in *l.* 2. *C. de jure reipublicæ*, quod Reſpub. jus pignoris non habeat, niſi ex conuentione ſua, aut ex beneficio ſibi conceſſo (id eſt, ex priuilegio principis) Quibus tamen addenda quoque eſt tertia cauſa, Lex municipalis. ex *l. Antiochenſium.* 37. *de bon. aut jud. poſſ.* Nihil enim aliud ibi eſt Lex ſua, quam municipij: idque & defenditur, ſine principis ſpeciali confirmatione: ſi videlicet ciuitas aliqua cum eiusmodi lege ſub imperiũ venerit, quod poſtea ſolebat municipijs eiusmodi cõſeruari: Et idẽ puto, ſi ciuitas aliqua more & longiſſima cõſuetudine eiusmodi jure vſa fuerit, ſecundũ hæc de tali Rep. aut de ea quæ pacto ſibi proſpexit, accipienda eſt, *l.* 3. *C. de remiſſ. pig.* cuiusmodi caſus & proponitur in *l.* 8. *Qui pot.* Licet a. vt hactenus diximus, ciuitas jus pignoris nõ habeat in bonis creditorũ ſuorũ ex cauſa contractuũ, attamen eã habere hypothecã pro adminiſtratione in bonis 6

Syn-

Syndicorum & aliorum adminiſtratorum, communis eſt Doctorum ſententia, referente & probante *Neguz. p. 2. membr. 4. n. 119.* quæ confirmatur & benè ex *l. vlt. C. quo quisq; ordine:* neq; enim alio jure, qui Adminiſtratoris Reip. res tenent & poſſident, à Republ. conueniri poſſunt, quam jure hypothecæ, quæ ibi expreſſa fingi vix poteſt. Et verò malè hic Hunnius dupliciter ad eum locum reſpondet: tum quod nihil ibi proponatur de hypotheca; tum quod ibi non de ciuitate, ſed de Repub. tractetur. Enimuero intelligere ex ipſo velim, quo jure ob adminiſtrationem malam agere contra eos, qui res adminiſtratoris tractat, Reſpubl. poſſit, ſi ipſi bona eius non ſint obligata: Deinde abſurdè ille locus explicatur de Republ. Romana, quam præſertim interpretationem, quod de nominatoribus & fideiuſſoribus proponitur, & reſpuit. Porrò quid alia reſpublica differat à ciuitate, intelligere velim. Et tyrones ſciunt, in vſu juris noſtri ferè ſemper JCtos aut Intpp. dum reſpublicas dicunt, intelligere non Roman. Rempubl. ſed ciuitates alias ſubiectas: *in l. 8. D. Qui potiores. l. 3. & 4. C. eod. l. 4. C. d. his qui in prior. cred. loc. ſuc. l. illud. 9. D. de appellat. l. 1. C. d. Seru. reip. & l. 1. C. de jure reipub.*

4 Hæc de prima ſpecie hypothecæ generalis tacitæ. Sequitur altera quam habent pupilli, & alij minores in bonis tutorum & curatorum. *l. pro officio. 20. C. d. adminiſt. tut.* idque porrigunt rectè Dd. etiã protutorem (quos refert *Neguz. p. 2. memb. 4. num. 7.) arg. leg. 1. §. in prat. 8. & l. pen. de eo qui pro tut.* Sed non probo, quod ijdem id porrigunt ad curatorem in litem, teſte *Neguz. dict. loco n. 8.* Nec eos juvat (aliud autem quod adferant, non habent) *textus in l. properandum. 13. §. vlt.* C. *d. judic.* nihil enim eſt, quod cogat, eum locum explicare de curatore ad litem: & curator in dubio intelligendus eſt, vniuerſorum bonorum. Alia quoq; eſt ratio actoris, qui conſtituitur periculo tutoris. *§. vlt. Inſt. de curatoribus.* itidemq; procuratoris: in quorum bonis nemo pupillis conceſſerit hypothecam. Prorſus cum iſtæ hypothecæ ſint, vt diximus, merè legales, ſine textu expreſſo non debemus nec poſſumus ijs locum facere. Scrupulum alium nobis hic facit, *d. l. 13. §. vlt. de judic.* quod ex eo hypotheca iſta etiam videntur res heredis tutorum teneri, contra eá quæ de hac re *ſup. cap. 7.* diſputauimus. Ita enim *in d. §. vlt.* Iuſtin. *ad tutores, curatores, aut eorum fideiuſſores, heredesq; & res Eorum.* An id ſpeciali jure ita diſpoſitum eſſe dicimus fauore ætatis? magnum id fore priuilegium, ibidem ait Jaſon. An intelli-

intelligimus heredum res, quæ à defuncto tutore ad eos peruenerunt? An potius verba *res eorum* referimus ad res tutorum & curatorum? Sanè ex verbis eiusmodi, citra expreſſam diſpoſitionem, jus nouum & præſertim exorbitans à ratione juris communis, temerè induci non debet. Et quod poſterius dixi, probat *Neguz. p. 2. membr. 4. num.* 11. Non enim abſurdè id fuit repetitum ab Juſtin. & adiectum, juxta ſubiectam materiam, in ſingulari caſu elapſi temporis, quod ipſe de nouo inſtantiæ præfinierat: vt nihil neceſſum ſit eo confugere cum *Neguzantio*, & dicere hoc noui adiectum eſſe à Juſtiniano, vt etiam curatorum ad litem & fideiuſſorum bona eſſent obligata: Etenim vtrumque hoc falſum non dubito: Quod ſi verò admittere poſſimus, tam exorbitans jus, vt & curatorum ad litem & fideiuſſorum bona eſſent hypotheca-ta, quod nuſquam aliàs proditum eſt, poſſimus & facile in bonis heredum id admittere. Sed enim, vt dixi, cum aliud ibi principaliter agat Juſtinianus, non credendus eſt, tam multa noua & juri priori aduerſa diſponere voluiſſe. Et contra igitur ſi fideiuſſorum bona eximimus, qui coniunguntur cum tutoribus, quid ni & bona heredum eximimus, & in verbis ſupra relatis τὸ EORVM tantum explicamus de tutoribus & curatoribus. Hæc porrò hypotheca quæ eſt annexa quaſi contractui tutelę incipere intelligenda eſt à tempore adminiſtrationis 5
ſuſceptæ (niſi forte mora commiſſa eſt, ex quo ſtatim tenetur tutor, de quo alibi) *d. l. pro officio* 20. *C. de admin. tut.* non verò exinde, ex quo malè adminiſtrare tutor cepit: quomodo & cuicunq; contractui annexum pignus, exinde ſtatim vires ſuas exerit, nō verò ex quo fortè malè incipit debitor tractare bona ſua: quod & probat *Neguz. p. 2. membr.* 4. *n* 12. & confirmatur à ſimili ex *l. cum oportet. 6. §. vlt. C. de bon. quæ lib.* Et magni iſta res eſt effectus: facit enim, vt pupillus, ſi poſtea tutor ſoluendo non ſit, perſequi poſſit res tanquam ſibi nexas, quaſcunque tutor poſt cœptam adminiſtrationem alienauit. Illud in dubium vo- 6
catur, an iſta hypotheca tacita, quam pupilli habent in bonis tutorum, ſit demum introducta per Conſtant. *in d. l.* 20. *C. de admin. tut.* vt putat *Ant. Fab. in Iurispr. quam Papin. appellauit. de tutelis pr.* 3. *illat.* 11. an antquiori quoque jure fuerit cognita: quod ego magis puto: Nam nihil eſt in *d. l.* 20. quod arguat, quidquam ibi noui conſtitutum: neque edictum illud eſt, aut conſtitutio ad aliquem magiſtratum ſcripta: Sed ſimplex reſponſum ad priuatum conſulentem. Et veteres quoque Impp. hoc ſemper egerunt, vt quàm optimè proſpectum eſſet pupil-

E lis.

olim lege Julia diſertè fundus dotalis obligari prohibitus fuit: quod jus auxit Juſt. *in pr. Inſt. quib. alien. licet.* idem autem vix dixerim in reb. mobilibus, cum maritus has alienandi jus habeat. *l. 3. §. 2. de ſuis & legit. l. 3. C. de jur. dot. l. 1. l. vlt. C. d. Seru. pign. dato. l. 12. de manumiſſion.* Vix etiam, licet aliter Dd. ſentire videantur, in æſtimatis rebus, quoniam per modum emptions verum iſtarum rerum dominium maritus cõſequitur. *l. plerumq; 10. in pr. §. 4. de jure dot.* & tamen poſtquam Juſtinan. in *l. in rebus 30. C. de jur. dot.* etiam harum rerum, ſi ſoluto matrimonio extent, vindicationem vxori conceſſit, hactenus & in iſtum euentum hypotheca eorum inutilis erit.

Illud denique huc pertinet, quod ſub hypotheca generali etiam corpora pecuniæ, quæ ſunt penes debitorem contineantur. *l pen. §. vl. de pignor.* ex quo textu & ex verbis Ab alio rectè excipiunt Interpp. pecuniam quam dedit ipſe creditor, cui bona obligata fuerunt: cum enim pro ea ipſa bona debitoris teneantur, inconcinnum ſit, vt & illa ipſa pecunia intelligatur obligata. Sed & quid ad aliam pecuniam attinet, id ita accipiendum eſt, & eo effectu, vt mora facta eam adhuc extantem apud debitorem perſequi creditor poſſit: non autem vt debitor in ea pecunia negotiari, & eam ſine onere pignoris expendere, ſecundum quod negotia ipſius exigunt, non poſſit. Quod non ſine maxima iniuria & incommodo debitoris ſtatui poſſit: cum ea ſit natura pecuniæ, vt continua permutatione, cui & deſtinata eſt, conſumi videatur; & facit *argum. ex l. deniq; 7. §. 1. Qui potior.* vbi res negatur ob hoc pignorata, quod ex nummis pignoratis exorta eſt: & huc pertinet tractatio, an pecunia ſoluta creditoribus, poſſit ab anterioribus, generalem habentibus auocari. De quo agemus *infra lib. 4. de jur. prælationis.* Procedit autem illud quod diximus *ex l. penul. §. vlt. de pignorib.* etiam in hypotheca generali tacita, vt poſt Baldum rectè tradit *Neguz. pag. 2. memb. 4. num. 66.*

Ca-

CAPVT VII.

De his quæ non contineantur hypotheca generali, cum adjecta quæſtione, an veniant & bona heredis.

1. *In generali pignore non veniunt quæ quis non præſumitur obligare.*
2. *Item non veniunt ſeruitutes.*
3. *Ad l. 1. de vſu & vſufr.*
4. *An ſub generali hypotheca contineantur res heredis.*
5. *An teſtator poßit obligare res heredis.*

DE prima parte, ex his quæ diximus *cap. præc.* judicium fieri poteſt, ſed quædam præterea addemus. In hypotheca generali non veniunt, quæ nemo veroſimiliter obligaturus eſſet. Nimirum hactenus plus operatur ſpecialis hypotheca. Quæcunq; ſub generali veniunt, eadem & multo magis nominatim obligari poſſunt, ſed non contra: ſunt enim quæ rectè expreſſim obligantur, & quæ tamen in generali hypotheca non veniunt. Et huius generis rerum ferè duæ ſunt ſpecies: altera earum, ad quas quis habet adfectionem; quò pertinent, concubinę, liberi naturales, alumni: altera earum, quę ſunt in vſu quotidiano, veluti mancipia neceſſaria, ſupellex, veſtes, juxta *l. obligatione. 6. cum. 2 ſeqq. de pign. l. 1. C. quæ res pignor.* quod obtinet non tantum in rebus iſtis poſt quæſitis, ſed etiam in his, quæ tempore obligationis fuerunt debitoris. *l. Sed etſi. 9. in pr. de pignorib.* itemq; obtinet, licet obligatio facta ſit cum ſigno vniuerſali OMNIVM bonorum, vt rectè contra Decium diſputat *Neguzant. p. 2. memb. 2. n. 37.* Adeo cum iſtæ res ſint exemtæ ex obligatione, nec mortuo quidem debitore, quo caſu rationes ſupradd. ceſſant, creditor eas perſequi poterit: quia, vt dixi, rationes iſtæ faciunt, vt ab initio obligationi eſſe credantur exemtæ. Et tanto magis igitur iſtud obtinebit in his, quæ in ſpecie non poſſunt obligari de quibus *infr. lib. 2.* Et ad iſtam tamen regulam, quæ proponitur in *d. l. 8. cum ſeqq. de pignor.* duplex à quibusdam traditur limitatio. Prima eſt, ſi obligatio generalis concepta ſit poſt mortem, *Neguzant. p. 2. memb. 2 n. 35.* Ea limitatio falſa fortaſſe ſit ex ratione juris veteris, quo obligatio non poterat incipere ab herede nec contra heredem,

redem,ſed ſublatâ iſtâ regulâ *l.vn.* C. *vt act. ab hered. & contr.hered.incip.* benè defenditur : & tamen eam ad ſpeciem alteram reſtrinxerim,& ea quæ in defuncti quotidiano erant vſu: in eis autem quæ ob affectionē defuncti ſpecialem,non veniunt in generali obligatione, vix admiſerim, hac ratione,quod eadem affectio & in herede duratura præſumitur,ſicut quidèm durare debet. Altera limitatio traditur ab *Obrechto de pignor.th* 105. *& ſeqq.* vt regula ea non procedat in inuectis illatis in prædium vrbanum, quæ tacitè tenentur obligata:tum quod eiuſmodi ferè res tantum ſoleat inuehi,vt ibi ſint perpetuo, vt alias vix quidquam ſit futurum quod locatori teneatur:tum *arg.l.ſolutum.§.ſolutum. de pign.act.* quandoquidem ſub friuolis,quæ ibi obligari dicuntur,vtriq; & ſupellex & veſtes contineri videantur:cum & illatio inuectioq; magis res ſingulas videantur afficere. Sed huic limitationi communis opinio repugnat, quam referunt & ſequuntur *Neguzant.p.2. membr.4. n.151. Menoch. remed.3. adip. poſſ. n.* 139. quem & ego ſequi malim: cum alia ſint,quæ præterea inferantur,& quæ ſub friuolorum appellatione veniant, & quæ pro mercede aut deterioratione, quæ & ipſa res non magni momenti eſt,teneantur. Neq; v. quiſquam veſtes neceſſarias, multò minus res ceteras,ad quas conductor habet adfectionem,propterea dixerit tacito pignore inuectorum contineri, & in dubio regulæ eſt ſtandum.

2 Alia præterea,extra res de quib. in *d.l.8.& ſeqq.de pign.* agitur,ſpecies rerum videtur ſtatuenda, quæ non teneantur generali obligatione:& quæ nimirum,licet ſpecialiter obligari poſſunt,tamen communi juris rationi eorum obligatio repugnat: eiuſmodi ſunt ſeruitutes jam conſtitutæ: quas negabo omnino in generali obligatione bonorum contineri: quod & ipſa ratio oſtendit, & de iſto genere pignoris lib. 2. dicemus. Qua in re itidem perſpicuè Hunn. labitur,qui dum ſingula, quæ in bonis cenſentur,contineri generali tradit hypotheca, eo ipſo loco ſtatim eſſe ſeruitutes in bonis, ſcribit. Adfirmo quidē & ego, ſeruitutes rectè computari in bonis: ſed enim nego eas contineri ſub generali hypotheca,ob propriam illarum hac in re rationem,de qua tractabimus infr. d. loco,vbi de rebus. Et libet obiter explicare *l.1.in f.de*
3 *vſu & vſufr.* Leg. quo textu, aliqui probari exiſtimant, quod ſeruitutes nec in bonis, nec extra bona ſint. Permiſſum erat, vt omnium quæ in bonis noſtris eſſent, per legatum conſtitueretur vſusfructus. Quidam legauerat alteri vſum itineris per fundum ſuum , vt ei ita ad tempus

vitæ

Digitized by Google

vitæ ire per fundum liceret: is ſane non poteſt hoc modo dici legaſſe vſum rei quæ in bonis ipſius eſſet, cũ jus tale nullum, & needũ adhuc ſit, ſed demum per heredis patientiam & vſum alterius ineſſe deducatur: & rectè igitur iſtud jus, imo nudum adhuc jus, nec in bonis, nec extra bona eſſe dicitur.

Supereſt pro ſupplemento materię quæſtio: An ſub generali hypotheca, quã contraxit defunctus, cenſeantur comprehenſa etiã bona heredis qui debitori ſucceſſit? Multa vt quęrere & diſputare nos oporteat, impudentia quorundam, an ignorantia facit. Et vidi enim, qui ꝓlixa ſcripta conſultatione hoc tamquam rem omnino liquidam affirmaret. Et tamen ex ratione juris id falſiſſimum, & ſententia negatiua eſt veriſſima, & probatur ex *l. Paul. 29. in pr. de pign.* vbi Paulꝰ ait, generalem conuentionem ad obligationẽ pignorum ſufficere: ſed ea, quæ in bonis defuncti nõ fuerunt, & quæ poſtea ab herede ex alia cauſa quæſita ſunt, à creditore vindicari non poſſe. Et ne quis erret, bona, poſtea ex alia cauſa quæſita, nõ opponũtur bonis, quæ tempore aditionis habuit heres, (nam vt hæc tenerẽtur, maior eſſet ratio, ſi bona quæcunq; poſt quæſita pignori eſſent) ſed opponuntur bonis, tum ipſius debitoris, tum ijs, quæ hæres ex cauſa à defuncto cœpta & profecta, adquiſiuit: & quæ nimirum in hypotheca generali defuncti comprehenduntur: quia, vt ſic loquar, originem ſuã & primã cauſam ſequuntur: veluti, ſi poſt mortem conditio obligationis à defuncto contractę, extiterit: eoque pertinet, *l. pen. in pr. de pign.* vbi obligata taberna, dicuntur teneri merces, quæ tempore, quo moritur debitor, fuerunt: & igitur, non poſt adquiſitæ, niſi heres eas adquiſiuerit, tractando & explicando negotia per defunctum cœpta, vt rectè ex Dd. *Neguz. p. 2. memb. 2. n. 22. in fin.* Et igitur vt generali obligatione defuncti res veniat, oportet eam aut cauſam adquirendi profectam eſſe à debitore: vt docent *l. & quæ. 15. §. 1. de pign. & l. rem alienam. 41. de pign. act.* vbi reſpondetur, non ſufficere vt res teneatur pignori, quod debitor dominus eſt: qui videlicet debitori ſucceſſit: ſiquidem hæc ſucceſſio & repræſentatio eo tantum pertinet, vt ſuſcipiat heres in ſe perinde ac debitor ipſe, perſonales obligationes. Nec niſi ineptè quis hic obiecerit, quod heres ſuccedens, ex quaſi cõtractu obligetur: quoniam hoc modo heres legatarijs obligatur: & nihil hoc prorſus ad obligandũ bona heredis: Et iſta quoque eſt communis Dd. ſententia. Et Br. indefinitè *ad d. leg. 29. d. pignorib.* adnotauit, quod non porrigatur ad bona heredis, à defuncto facta oppignoratio: & in terminis fortioribus. *Cy-*

nus:Gl. Salic. Bart. & ceteri in l. adſiduis. C. Qui potiores. negent bona eſſe obligata vxori pro dote, etiamſi ex bonis mariti per negotiationem heredis ſint quæſita: Et nec legatarios, in bonis heredis, neque pupillos in bonis heredum tutoris, habere hypothecam, ex Dd. *Neguzant. ſcribit p. 2. membr. 4. n. 11. & n. 159.* Quid autem juris, ſi bona heredis expreſsè obligauerit defunctus, & an id jure facere poſſit, Neguzant. idem tractat *p. 2. memb. 2. n. 55. & ſeqq.* Sanè res ſingulæ ſub conditione ratum habituri domini, rectè videntur obligari: quæ ſane ineſſe videtur conditio, ſi quis rem alicuius obliget, quâ heredis futuri: nec minus ratum habere videtur, qui non ignarus cum ſit eiusmodi obligationis, adit hereditatem. Et, quod nulla etiam mentione heredis facta, ſi quis rem alicuius obligauerit, confirmetur hypotheca, ſaltem vt vtilis actio creditori detur, ex ſententia Modeſtini efficitur, per *l. 22. de pign.* ſed non ex ſententia Pauli *in l. rem alienam. 41. de pign. action.* de quo agemus infr. *vbi dè pignore rei aliena*: ſed ſane *d. l. 22.* ex Dd. communi ſententia non poteſt adduci, qui eam de contraria pignoratitia interpretantur. Et ipſi tamen exiſtimare frequentius videntur, quod teneat hypotheca, ſi defunctus futuri heredis res obligauerit, & pro eo promiſerit de rato: quod videlicet tum heres ratum habere contractum teneatur: vt notat *Neguz. p. 8. memb. 3. n. 7.* ſed iſtud pertinet magis ad *Tr. lib. 2. de Reb.*

Capvt VIII.

De hypotheca expreſſa.

Diximvs ſupra, vtrumque pignus, & tacitum & expreſſum, eſſe aut ſpeciale aut generale. Et poſtquam igitur, quid ſpecialis, quid generalis ſit hypotheca, & quid vtraque contineatur, expoſuimus, jam ratio ordinis poſtulat, vt vtriusq; hypothecæ, & tacitæ & expreſſæ, exempla & cauſis exponamus. Et de expreſſa paucis abſoluemus. Hypotheca expreſſa generalis conſtituitur 1. per conuentionem ipſorum contrahentium. 2. per diſpoſitionem teſtatoris. Si hic, verbi cauſa, jubeat, vt bona ſua ſint obligata legatariis vel etiam creditoribus. 3. per immiſſionem prætoris ex primo decreto. Hypotheca expreſſa ſpecialis eſt, quæ conſtituitur 1. per conuentionem ſuper rebus ſingulis. 2.

Per.

Per immiſſionem ex jure hodierno, vt quidam communiter putant obtinere poſt N. 53. *cap.* 4. *inf.* vt tantum immiſſio fiat pro quantitate debiti, de quo alibi tractatur. 3. Per immiſſionem ex primo decreto, ex cauſa damni infecti in ædes quæ minantur ruinam, & quarum dominus non cauet, *arg. l.* 1. *in fin. Quib. ex cauſ. in poſſ. eatur.* 4. Per capionem ex cauſa judicati. *l.* 10. *Qui potiores:* Et deniq; 5. itidem per immiſſionem ex primo decreto, ſed ex cauſa in rem actionis, vbi poſſeſſor non comparet: Ita enim mittitur petitor & qui ſe rei dominum eſſe intrudit in poſſeſſionem, ut quaſi eam cuſtodiat, & domino reuerſo intra annum, & ad defendendum ſeſe offerente, de poſſeſſione decedere, & rem reſtituere teneatur, juxta diſpoſitionem Juſtiniani, *in l. ſi quis emptionis.* 8. §. *pen. C. de præſcript.* 30. *ann.* de qua re proprio loco tractatur.

CAPVT IX.

Species hypothecæ generalis tacitæ.

1. *De hypotheca fiſci.*
2. *Quid de vnitatibus.*
3. *Hypotheca earum in bonis adminiſtratorum.*
4. *Hypotheca pupillorum in bonis tutorum.*
5. *Quando incipiat iſta hypotheca.*
6. *An ſit demum à Conſtantino.*
7. *Ad l. vn. C. rem al. gerent.*
8. *De hypotheca liberorum in bonis patris.*
9. *Conciliatio l. 6. §. 2. C. de bon. quæ lib. cum, §. vlt. eiusdem L.*
10. *Quando incipiat iſta hypotheca.*
11. *Hypotheca vxoris pro dote.*
12. *Quando incipiat.*
13. *De hypotheca pro paraphernis.*
14. *De hypotheca in bonis parentum.*
15. *Et etiam in bonis vitrici.*
16. *An filius mancipatus habeat hypothecam.*

MATERIA hypothecæ tacitæ prolixiorem & operoſiorem habet:

 tracta-

tractationem. Et primò, quæ ſunt generales, videntur eæ omnes eſſe ſimpliciter legales. Nulla enim hic eſt conuentio. Et, v.c. adminiſtratio rerum pupilli: vel ductio vxoris, non poſſunt dici habere tacitam conuentionem de obligandis bonis; vel hoc ſolidiſſimo arg. quod nõ ſemper bona tutorũ & mariti hypothecæ obligata fuerũt: & hypothecę iſtæ ſunt & dependent à poteſtate mera juris, ad illas autẽ inducendas facta illa ordinata non ſunt, videri poſſit exceptio in hypotheca tacita invectorum & illatorum in ædes, & quæ naturã generalis hypothecę ſapit. Sed nimirum non poteſt conſiderari vt generalis, niſi quatenus ex inuectione pluriũ rerũ collecta & conſtituta: adeo per ſe generalis non eſt, & ſingulæ illationes totidem tacitas habent cõuentiones. Sed
1 jam ordine hypothecas tacitas generales videamus. Inter eas meritò primum locum occupat hypotheca Fiſci, vti res debitorum tacitę obligatæ ſunt, pro tributis *l. 1. C. In quib. cauſ. pign. tac.* & ex cauſa contractuum *l. 2. C. eodem. Neguz. p. 2. memb. 4. n. 125.* nec tantum tamen ex contractibus proprijs, ſed & alterius cui & in cuius locum ſucceſſit, nimirum ex quo tempore ſucceſſit: ceterum quo ad tempus anterius, cũ non poſſit conſiderari niſi qua ſucceſſor, priuati, jure quoq; vtitur. arg. *l. reſcriptum. 10. in f. per. junct. gl. 16. de pact. l. cum quidam. 17. §. Fiſcus. 5. de vſuris.* velut hoc explicatur in *l. 6. de jur. fiſci.* At enim, vbi de persequendis bonis caducis aut publicatis, multisue agitur, nullum priuilegium adeo fiſcus habet, vt & ceteris omnibus creditoribus anteriorib. poſtponatur: quibus imo ipſe fiſcus, qui inſtar herèdis eſt, ſatisfacere tenetur. *l. quod placuit. 37. de jure fiſc. l. vn. C. pœn fiſc. cred. praeſ.* & plura apud *Neguz. p. 2. memb. 4. n. 115.* Ex quibus explicandum eſt, quod habetur in *l. aufertur. 46. §. Fiſcus. 3. de jur. fiſci.* nimirum, fiſcum ſemper habere jus pignoris: omnibus ſcilicet caſibus quibus ipſi jus iſtud datum eſt: Specialem autem & priuilegiatam hypothecam habet fiſcus ex cauſa eius, quod principibus debet: vt etiam nomine hoc bona vxoris ſint obnoxia. *l. ſatis 4. C. in quib. cauſ. pign. tac. etc.* & quod adhuc mirius eſt, liberi pro patre, cui heredes non extiterunt, teneantur *l. vlt. C. de primipilo*, ceſſante hîc beneficio abſtinendi. Hanc verò
2 hypothecam habet Fiſcus: aliæ ciuitates & Reſpubl. non habent: Conuenit enim inter omnes, ſine lege hanc hypothecam non competere: Soli autem Fiſco hanc hypothecam legimus eſſe conceſſam: nec quidquam rurſus certius eſt, quam Reſpub. in ſpecie ita dictas jure noſtro, ſubiectas Imp. Romano, fiſcum nunquam dici habere. Diſputamus

mus hic ex jure Romano: Ceteroquin plurimi hic ineptuli ſunt, & neſcio quam prærogatiuam opinionis errore tribuunt Imperio Garmanico præ Regibus & Principibus alijs, decepti neſcio qua imaginaria prærogatiua veteris Imperij Romani: de cuius translatione in Germanos, quæ vulgo feruntur, notiſſima ſunt: & quæ mea hac de re ſit ſententia, vt aperiam, nec locus hic fert, nec omnino ego jam aperire velim. Prorſus conditio hodierna Imperij Romano-Germanici, prorſus diuerſa eſt, à veteri Imp. Romano. Et hodiernus ſtatus non eſt purè monarchicus, ſed ex monarchicis & Ariſtocraticis rationibus temperatus: & ſtatus Imperij, licet non eodem gradu, cum Imperatore tamen nihilominus jura regalia, & proinde fiſcum quoque habent; à quo jure nec ciuitates Imperij quæ dicuntur, quæ & ipſæ ſtatus Imperij ſunt, excludi poſſunt: contra quam malè facit *Hunnius quæſt.* 24. Nos intra terminos hic maneamus, & ex ratione juris noſtri diſſeramus. Ciuitates olim ſub Impp. Romanis, & his abſolutè ſubiectæ erant; & jure priuatorum, quatenus opponebantur Reipub. Romanæ, cenſebantur, *l. cum qui* 16. *de V. S.* itaq; nec jus fiſci aut tributi, & porro nec ex contractibus ſuis jus hypothecæ tacitæ habebant, quam & communem ſententiam Dd. refert *Neguz. p.* 2. *memb.* 4. *n.* 119. Et hinc fit, vt paſſim legamus, ciuitates de hypotheca conueniſſe (quamuis aliàs nihil prohibeat, eum qui tacitam hypothecam habet, inſuper de expreſſa conueniri) *l. ſi pignus* 8. *Quo potiores l. ſi fundum.* 4. *C. eod. fac. leg. vlt. C. de his qui in prior. cred. locum l.* 3. *in fin. C. Qui potior.* Et ne multis agamus, ſcriptum exſtat in *l.* 2. *C. de jure reipublicæ*, quod Reſpub. jus pignoris non habeat, niſi ex conuentione ſua, aut ex beneficio ſibi conceſſo (id eſt, ex priuilegio principis) Quibus tamen addenda quoque eſt tertia cauſa, Lex municipalis. ex *l. Antiochenſium.* 37. *de bon. aut jud. poſſ.* Nihil enim aliud ibi eſt Lex ſua, quam municipij: idque & defenditur, ſine principis ſpeciali confirmatione: ſi videlicet ciuitas aliqua cum eiusmodi lege ſub imperiū venerit, quod poſtea ſolebat municipijs eiusmodi cōſeruari: Et idē puto, ſi ciuitas aliqua more & longiſſima cōſuetudine eiusmodi jure vſa fuerit, ſecundū hæc de tali Rep. aut de ea quæ pacto ſibi proſpexit, accipienda eſt, *l.* 3. *C. de re-* 6
miſſ. pig. cuiusmodi caſus & proponitur in *l.* 8. *Qui pot.* Licet a. vt hactenꝰ diximꝰ, ciuitas jꝰ pignoris nō habeat in bonis creditorū ſuorū ex cauſa contractuū, attamen eā habere hypothecā ꝑ adminiſtratione in bonis

Syn-

intelligimus heredum res, quæ à defuncto tutore ad eos peruenerunt? An potius verba *res eorum* referimus ad res tutorum & curatorum? Sanè ex verbis eiuſmodi, citra expreſſam diſpoſitionem, jus nouum & præſertim exorbitans à ratione juris communis, temerè induci non debet. Et quod poſterius dixi, probat *Neguz. p. 2. membr.* 4. *num.* 11. Non enim abſurdè id fuit repetitum ab Juſtin. & adiectum, juxta ſubiectam materiam, in ſingulari caſu elapſi temporis, quod ipſe de nouo inſtantiæ præfinierat: vt nihil neceſſum ſit eo confugere cum *Neguzantio*, & dicere hoc noui adiectum eſſe à Juſtiniano, vt etiam curatorum ad litem & fideiuſſorum bona eſſent obligata: Etenim vtrumque hoc falſum non dubito: Quod ſi verò admittere poſſimus, tam exorbitans jus, vt & curatorum ad litem & fideiuſſorum bona eſſent hypothecata, quod nuſquam aliàs proditum eſt, poſſimus & facile in bonis heredum id admittere. Sed enim, vt dixi, cum aliud ibi principaliter agat Juſtinianus, non credendus eſt, tam multa noua & juri priori aduerſa diſponere voluiſſe. Et contra jgitur ſi fideiuſſorum bona eximimus, qui coniunguntur cum tutoribus, quid ni & bona heredum eximimus, & in verbis ſupra relatis τὸ EORVM tantum explicamus de tutoribus & curatoribus. Hæc porrò hypotheca quæ eſt annexa quaſi contractui tutelę incipere intelligenda eſt à tempore adminiſtrationis 5
ſuſceptæ (niſi forte mora commiſſa eſt, ex quo ſtatim tenetur tutor, de quo alibi) *d.l. pro officio* 20. *C. de admin. tut.* non verò exinde, ex quo malè adminiſtrare tutor cepit: quomodo & cuicunq; contractui annexum pignus, exinde ſtatim vires ſuas exerit, nō verò ex quo fortè malè incipit debitor tractare bona ſua: quod & probat *Neguz. p.* 2. *membr.* 4. *n* 12. & confirmatur à ſimili ex *l. cum oportet.* 6. §. *vlt. C. de bon. qua lib.* Et magni iſta res eſt effectus: facit enim, vt pupillus, ſi poſtea tutor ſoluendo non ſit, perſequi poſſit res tanquam ſibi nexas, quaſcunque tutor poſt cœptam adminiſtrationem alienauit. Illud in dubium vo- 6
catur, an iſta hypotheca tacita, quam pupilli habent in bonis tutorum, ſit demum introducta per Conſtant. *in d.l.* 20. *C. de admin. tut.* vt putat *Ant. Fab. in Iurispr. quam Papin. appellauit. de tutelis pr.* 3. *illat.* 11. an antiquiori quoque jure fuerit cognita: quod ego magis puto: Nam nihil eſt in *d.l.* 20. quod arguat, quidquam ibi noui conſtitutum: neque edictum illud eſt, aut conſtitutio ad aliquem magiſtratum ſcripta: Sed ſimplex reſponſum ad priuatum conſulentem. Et veteres quoque Impp. hoc ſemper egerunt, vt quàm optimè proſpectum eſſet pupil-
 lis,

bonis adminiſtratorum. Eius vnam ſpeciem attigimus ſupra, quam ſcilicet habent Reſpubb. in bonis eorum qui Reip. negotia tractant. Item de altera jam diximus, quam habent pupilli & minores in bonis tutorum & curatorum. Tertia ſpecies, quam habent liberi in bonis 8
patris, qui aduentitia bona, quorũ ad liberos proprietas pertinet, adminiſtrat *l. ſi quis.* 8 §. *vlt.* C. *de ſec. nupt.* (vbi pro maternis bonis diſponitur, vt hypothecæ patris bona ſint obligata) Junct. *l. cum oportet.* 6. §. *vlt.* C. *de bon. quæ lib.* Sed refragatur ipſa ea *l. 6. in cuius.* §. *non autem.* 2. Juſtinianus diſertè hypothecam negat filijs pro adminiſtratione bonorum aduentitiorum. Interpretes, quos Neguzantius refert & ſequitur *p.* 2. *membr.* 4. *num.* 13. hæc ita componunt, vt diſtinguant inter adminiſtrationem doloſam & culpoſam: vt pro illa ſint hypothecæ obligata bona patris juxta *d. l. 6.* §. *vl.* non pro hac juxta §. 2. Sed iſta explicatio & conciliatio commentitia eſt, quæ nec textibus, nec rationi conuenit: vt vbi ſimpliciter hypotheca negatur, poſt admiſſo dolo demum emergat. Nec ſatis capio, quid ſibi velit Accurſ. dum ad *d.* §. 2. notat, non habere hypothecam filium, quia pater res malè gubernet, ſed vt rem alienatam contra legis prohibitionem in *l. fin.* §. *ipſum autem* 5. *verſ. non autem*, C. *de bon. quæ lib.* vel pretium eius conſequatur. Etenim quod filius rei alienatæ vindicationem habet, non poteſt inducere hypothecam: neque huc referri poteſt, quod de hypotheca diſponitur in *d. l. 6.* §. *vlt.* quæ ſimpliciter dat hypothecam, & eam incipere ſancit à die adminiſtrationis, non malæ adminiſtrationis & admiſſi doli: quod ipſum ad illam priorem Neguzant. & aliorum diſtinctionem confutandam ſufficit. Res ipſa cogit, vt ita ſtatuamus. Ante Juſtinianum liberi non omnium aduentitiorum bo- 9
norum habebant proprietatem, ſed tantum quorundam, nimirum maternorum & materni generis, & quæ pater accepta ab vxore, & alias ex lucris nuptialibus quæſita, ſeruare liberis prioris matrimonij tenebatur. Et pro his ſcilicet rebus ſeruandis, hypothecam tacitam liberis Imperatores dederunt, de quibus in *dict. l.* 8. §. *vlt.* C. *de ſecundis nupt.* quo nominatim ſe refert Juſtinian. in *l. cum oportet.* 6. §. *vlt.* C. *de bon. quæ liber.* vbi inducit nouam hypothecam. Sed tantum ex quo tempore ea currat & incipiat, diſponit. At cum idem Juſtinianus poſtea in *dict. leg. cum oportet.* in genere conſtituiſſet, vt omnium omnino bonorum aduentiti-

Digitized by Google

c.um proprietas liberorum eſſet & maneret, & pater tantum vſumfructum haberet, & adminiſtrationem, noluit patres nimium grauare, noluit, inquam, pro illis bonis quorum proprietatem liberis nouo conceſſerat, liberis quoq; dare hypothecam, vt eſt in *d.l.6.§.2.* vbi & patrem omni reddendarum rationum neceſſitate liberat. Quæ veriſſima eſt rei huius explicatio, quam & habet *Acc. in d.* §. 2. loco tertio, quod habeat filius hypothecam in lucris nuptialibus & bonis maternis, non verò in alijs aduentitijs. Et hic adeo errat cum Treutlero Hunnius *in reſolut. th. 4. de pign. lit. H.* confidenter ſcribit *in l. fin. C. de bon. quæ lib.* à Juſtinian. ſimpliciter pro quouis vſufructu (& hoc quoq; non rectè, quia vſusfructus patris eſt, & non niſi de hypotheca in ſecuritatem proprietatis data quæri poteſt) bonorum aduentitiorum liberis eſſe datam hypothecam: cum tamen in tota illa *l. vlt.* hypothecæ dare nec leuiſſimum extet veſtigium: cuius autem mentio eſt *in l.6.§.vlt.* ex jam dd. ad omnia bona aduentitia referri non poſſit: Diximus paulò ante, quod hypotheca tacita de qua *in l. 8. §. vlt. C. de ſec.*
10 *nupt.* incipiat à die cœptæ adminiſtrationis, non verò à die, quo malè pater cepit adminiſtrare. Qui apud Neguz. d. loco, Salicetum & alios, *in d.l.6.§.vl.* obijcitur, quod cū pater demū teneatur actione perſonali, vbi malè adminiſtrauit, nec ante actio hypothecaria naſci videatur, verum inſubtilis obiectio eſt, neq; neceſſe eſt, vt cum *Neguz. p. 2. mem. 4. n. 18.* fingamus duplicem obligationē: ſed vna tantū eſt obligatio, & ex ea ipſo jure nata actio, ſed cui⁹ demū re malè geſta vſus ſit: quod alijs omnib. caſib. obtinet: & vbi tutor omnia ex fide bona geſſit, nullus eſt
11 loc⁹ actioni tutelæ, quę tamē ab initio ſtatim eſt nata. Huc quoq; referenda eſt hypotheca in bonis mariti pro dote. Licet n. marit⁹ domin⁹ ſit dotis, tamen quatenus ſoluto matrimonio ad eius reſtitutionem tenetur, inſtar eſt adminiſtratoris: olim ante Juſtinianum mulier tantum priuilegium perſonale exigendi habuit. *Argum. l. cum tibi* 10. *l. ad ſuluis in pr. C. Qui potior. l.2.& 3. C de priuil. fiſci.* Hypothecam accepit à Juſtiniano, & vt quidam putant jam in *l. vbi.* 29. *& l. in rebus.* 30. *C. d. jur. dot.* Ego tamen non puto: nec dubito in *d.l.29.* præſupponi hypothecam expreſſam, cum & de donatione ante nuptias ibi agatur, pro qua mulierem hypothecam non habere paulo poſt dicam. Porro in *d.l* 30. agitur de hypothecaria, non qua mulier perſequatur res mariti alias, ſed res ipſas dotales, ſiue æſtimatas ſiue inæſtimatas, in quibus ceteris creditoribus potiorem. (& priuilegium prælationis in alijs rebus mariti

riti vtique vxor demum accepit ex *l. adſiduis.* C. *Qui potiores.*) Juſtin. vult eſſe mulierem, ſiue vindicationis & dominij, ſiue pignoris jure. Ipſe enim anceps an vxorem pro domina habere debeat (& id enim in rebus æſtimatis eſt abſurdius) in omnẽ euentum vtramq; actionem mulieri proponit & concedit: vt diuerſo reſpectu qua domina rem vindicet, aut, ſi quis fortè hic ſit ſcrupuloſior, per hypothecariam actionẽ rem cõſequatur. Hypothecam autem pro ſecuritate dotis, in ipſis bonis mariti, videtur demum accepiſſe vxor, in *l. vn.* §. 1. C. *de rei vxor. act.* ibi, *ex vtroq; latere damus hypothecam.* & eadem *l.* §. *& cum lex.* 15. *vers. cum autem.* dicit quod HAC LEGE mulieri donauerit hypothecam, & *dict. l. vn.* recentior eſt, lata anno 530. ceteræ duæ *l.* 29. *& l.* 30. C. *de jure dot.* ſancitæ annis 529. & 528. De jure prælationis quod habet mulier, tractabimus infra. Illud annotandum, quòd hæc hypotheca non tantum locum habeat in bonis mariti, ſed etiam ſoceri, & patris mariti, imo huius ſolius, ſi cùm maritus eſſet in poteſtate, pater dotem ſuſceperit: quod quidem jure veteri regulare erat: & quo jure ſi hodie vtatur pater, ipſius ſolius bona pro dote erunt obligata: Quod ſi ſuſcipienti filio conſenſerit, vtriusq; bona tenebuntur: mariti, qui adminiſtrat, & ſoceri, qui conſenſit: quod & ex Dd. notat *Neguzan. p. 2. memb. 4. n. 36.* Sed quando incipit iſta hypotheca? Tractat id *Neguz. d. loco.* 12
n. 77. ſiquidem adminiſtrationem reſpicimus, non niſi à tempore ſolutæ & numeratæ dotis curret hypotheca. Sed enim & jus vxoris & fauor dotis ſimul attenditur, & rectè Neguz. cum communi defendit currere à die promiſſionis, præſuppoſito ſcil. matrimonio: qui & *quæſt.* 4. *n.* 80. rectè improbat gloſſ. & alios, qui aliud ſtatuunt in hypotheca tacita: & ipſe ſimpliciter ſtatuit, ſpectari tempus quo promiſſa dos eſt: per rationem, quod & qui promiſit, dare, & maritus accipere dotem neceſſe habet, ſcil. ſi jure & honeſtè agere vult, ne aliàs mulier fiat indotata, quæ ratio eſt *l.* 1. *Qui potiores.* Et obſeruandum eſt, neceſſitatem illam eſſe non præciſam, ſed quæ tamen habeatur pro neceſſitate, quaten⁹ opponitur ijs caſibus, quibus quis ſimpliciter jure ſuo poteſt non accipere pecuniam: veluti ſi quis alicui promiſerit pecuniam mutuam daturum, poteſt alter non vti hoc beneficio liberè, & non accipere pecuniam: in quibus terminis hypotheca conuenta non incipit à die promiſſionis, ſed numerationis, juxta *l. potior.* 11. *in pr. Qui potiores.* quod JCtus in *d. l.* 1. *eod.* ſecus docet eſſe in dote, quam eadem libertate repudiare, & non poſſe accipere maritum, negat JCtus.

Digitized by Google

13 Sed hac de re pluribus agetur. Magis propriè pro adminiſtratione habet hypothecam mulier in bonis mariti, ratione paraphernalium, quæ ſunt apud maritum: quam hypothecam introduxit Juſtinian. *in l. vlt. verſ. ſin autem. C. de pact. conu.* ex qua tamen jus iſtud mariti valdè eſt fragile, cùm ferè tantum procuratorio nomine jus mouendi actiones ei det Juſtinian. permiſſa facultate vxori res eas ad ſe omnino reuocandi: junct. *l. 8. C. eod.* Sed nos hic non de jure mariti, ſed de hypotheca tacita diſputamus. Vtraque iſta hypotheca & pro dote & pro paraphernalibus habet locum in bonis mariti etiam minoris 25. annis: quam communem eſſe Interpp. opinionem teſtatur *Neguz. p. 2. mem. 4. n. 73.* & ego id generale eſſe puto in omni hypotheca pure legali, quę ſine vllo facto hominis, & ſine tacita cōuentione inducitur, de quo agemus & infr. circa tacitam hypothecam illatorum.

14 Diximus paulo ante de hypotheca quam habent liberi in bonis patris pro rebus maternis & lucris nuptialibus ex *l. 8. §. vlt. C. de ſecund. nupt.* vbi Juſtin. non tantum in bonis patris, qui tranſit ad ſecundas nuptias, dat hypothecam, ſed ſimpliciter in bonis cuiuscunq; patris, qui habet apud ſe res eiusmodi maternas, quarum proprietatem liberis tenetur ſeruare. Ex quo explicanda eſt & ſupplenda *l. hac Ed. 6. §. omnib. C. de ſec. nupt.* quæ liberis tantum tribuit hypothecam in bonis matris quæ tranſit ad ſecunda vota. Etenim eo jure mater non nubens ſecundò proprietatem lucrorum retinebat, & ea alienare poterat, quod cum poſtea ſit mutatum & tantum virilis portio matri conceſſa, *Auth. vxore Auth. ſi tamen. C. eod. tit.* (de quo alibi plenius) conſequenter, ne ſit melioris conditionis quàm pater, etiam pro his bonis liberi hypothecam habebunt. *Arg. d. l. 8. §. vlt. C. eod. tit.* quod & bene notauit *Salic. ad l 6.*

15 *§. omnibus. C. de ſec. nupt. in fin.* Illud communi juri conuenit, vt ſi mater tutelam liberorum gerat, bona eius ſint vtpote tutricis, liberis obligata, ſed iſtud ſpeciale, vt ſi ad ſecunda vota contra promiſſionem tranſierit, etiam mariti & virrici bona pro ratiocinijs tutelæ ſint nexa, vt eſt in *l. 2. C. quand. mul. tutelæ offic. fung. l. pen. C. In quib. cauſ. pignus tac.* Vbi tamen obſeruandum, quod Juſtinian. in *l. vlt. C. quand. mul. offic. tutelæ.* vult vt mulier ſubſtantiam ſuam ſupponat: & in *N. 94. c. 1.* vt mulieres ſuas res obligent: atque ita futura eſt expreſſa hypotheca: ſed ea omiſſa procul dubio ex lege ſupererit tacita. Addamus denique ſi pater adminiſtret bona v. c. filij emancipati, aut bona caſtrenſia, quorum non habet adminiſtrationem ex lege, an iſto caſu filius habeat

beat hypothecam? Id quidem adfirmat *Neguzant. p. 2. memb. 4. n. 15. & 16.* ſed haud ſcio, an ſine lege nobis liceat inducere hypothecam tacitam: niſi forte pater ſe intruſerit, vt curatoris inſtar haberi poſſit.

CAPVT X.

Aliæ ſpecies hypothecæ generalis tacitæ.

1. *Hypotheca pro dote promiſſa.*
2. *Ad l. vn. §. 1. C. de rei vx. act.*
3. *De hypoth. pro antidote.*
4. *De hypotheca pro legatis.*
5. *Ad l. 4. §. 1. de ſeparat.*
6. *An illam habeat donatarius mortis cauſa?*
7. *De hypotheca pro legitima.*
8. *Hypp. tacitæ ex jure Can.*

PErſequamur ceteras ſpecies hypothecæ generalis tacitæ, quæ extra cauſam adminiſtrationis lege ſunt introductæ: vna eſt, ex cauſa dotis promiſſæ & præſtandæ, ex qua bona eius, qui promiſit dotem, ſiue mulier ſit, ſiue ſocer, ſiue extraneꝰ, marito ſunt obligata *ex l. vn. §. 1. C. de rei vx. act.* de quo v: latiſſimè *Neguz. p. 2. mem. 4. n. 24. cum multis ſeqq.* Putat *Iaſon. in §. fuerat Inſt. de action. n. 36.* ex eadem *l. vn. §. 1.* extraneum quoq;, qui dotem dedit, habere hypothecam tacitam in bonis mariti pro dote quam reſtitui ſibi eſt ſtipulatus: & ita quidē putat, vt Doctores diſſentientes Angelum, Salicetum, &c. vehementer errare dicat: Sed ipſe turpiter impingit: & rectè ſe habet cōmunis opinio negans, quam refert & ſequitur *Neguz. p. 2. memb. 4. n. 67.* Et lapſus eſt Jaſon vitioſa interpretatione. *d. l. vn. §. 1. C. de rei vx. act.* & 2
quod vidit Juſtinianum ibi non tantum principalium perſonarum, ſed & aliarum facere mentionem: neque animaduertit, illud dici non ratione juris, quod perſonis non principalibus conſtituatur, ſed contra, ratione juris contra illas perſonas conſtituti, & quod contra eas maritus & vxor habent. Et ita enim expreſſe Juſtinianus, ineſſe dicit, ex vtroque latere hypothecam, ſiue

ex

ex parte mariti pro reſtituenda dote, ſiue ex parte mulieris pro dote præſtanda (vbi vides tantum vxori & marito priuilegium tribui) ſiue ipſæ principales perſonæ, nimirum vxor aut maritus, illa dotem promiſerit, hic dotem ſuſceperit: ſiue aliæ pro his perſonæ, pater ſcilicet vxoris aut quicunq; extraneus, promiſerint dotem, (contra quos maritus habet actionem & hypothecam) pater autem mariti eam ſuſceperit, contra quem vxor habet actionem cum jure hypothecæ: quæ rectiſſima illius loci explicatio eſt, & perſpicuè oſtendit, ibi tantum de jure mariti & vxoris tractari, & illius quidem, contra dotem promittentes: huius, contra dotem ſucipientes, minimè autem de jure extranei, cui nec tacitam ſtipulationem, nec tacitam hypothecam dedit Ju-
3 ſtinianus. Pro donatione quoque propter nuptias hypothecam in bonis mariti, communiter adſignant vxori *Interpp. in l. vbi 29. C. de jur. dot. Neguz. p. 2. memb. 4. n. 64.* Sed ea ſententia mihi ſemper dubia viſa fuit: quoniam ſine lege non licet fingere tacitas hypothecas, & *l. ſi conſtante. C. de don. ant. nupt* eſt Imp. Juſtin. & in *vers. jura etiam* diſertè de hypothecis contractis, & proinde expreſſis loquitur: de quo caſu conuentæ hypothecæ rectiſſimè etiam accipitur, *d. l. vbi. 29. C. de jur. dot.* ſiquidem vt ſup. probauimus, hypotheca etiam pro dote mulieri primum data eſt, per *l. vn. §. 1. & §. 15. de rei vx. act.* tantum abeſt, vt ante eam conſtitutionem pro donatione ante nuptias aut pro paraphernalibus mulier habuerit hypothecam. Et verò cum quod donatur vxori à marito propter nuptias, non profectum ſit ab vxore, ſed à marito, neque eſt rationis, vt in bonis mariti propterea vxor habeat hypothecam.

4 De illo conſtat, quod legatarii habeant hypothecam pro ſecuritate rerum ſibi relictarum, in bonis defuncti ex *l. 1. C. comm. de legatis:* nec dubitari poteſt, quin iſta hypotheca ſit à Juſtiniano primum introducta per *d. l. 1.* cui tamen obijcitur *l. creditoribus. 4. §. 1. de ſeparat.* vbi pignoris, quod legatarij habent, fit mentio. Et Accurſius ſane ibidem *d. l. 1. C. comm. de legat.* pro concordante citat, vt non videatur dubitaſſe, quin jure veteri idem obtinuerit. Idq; & Goth. nimis ſecurè eſt ſecutus, Mendacij arguit Juſtinianum, quisquis juri anteriori iſtam hypothecam fert acceptam, quod ego nolim hîc temerè facere. Et an forte igitur Tribonianus *d. l 4. §. 1. de ſeparat.* adcommodauit ad *d. l. 1. C. com. de leg.* Nec hoc dixerim: & veriſſimũ puto, quod ad *Papin. lib XII. Reſponſ. & ad d. l. 4.* ſcribit Cuiacius, vbi ſeparatio petita & decreta eſt,

mitti

mitti creditores in bonorum poſſeſſionem, quæ ſeparata & heredi ſunt ablata. Eoque pertinet, quod eſt in *d.l.4.in pr.* creditoribus etiam conditionalibus conſuli communi cautione: qua cautione communi ſuccurritur etiam legatarijs *l.pen de ſeparat.* & potius his qui ſub die aut conditione acceperunt legatum, vt vid. ſeparationem petant, & ſi non præſtetur cautio de qua *t.t.ut ſid.& leg.nom.cau.* in poſſeſſionem bonorum mittantur: quo facto pignus prætorium habere incipiunt, idque eſt & intelligitur pignus in *dict.l.4.§.1.d.ſeparat.* vbi dicuntur legatarij habere pignoris cauſam: ſicut & in *l.miſſio 12.pro empt.& in l.ſi poſtquam 3.C. vt in poſſ.leg ſalua prætorij pignoris cauſa.* Salicet. & alij *in l.1.C.comm. de legat.* intelligunt hypothecam expreſsè à teſtatore conſtitutã, quod diuinatorium eſt. Alia autem eſt hypotheca de qua in *d.l.1.C.comm.de legat.* quæ inutilis, imo nulla erit, ſicut & ipſa actio perſonalis, ſi bona defuncti non ſint ſoluendo: quia potior eſt cauſa creditorum hereditariorum & legata non niſi deducto ære alieno debentur: quod & benè probant *l 4.& l.pen.de ſeparat.* Quod ſi ſoluendo bona ſint, communi jure legatarij poſt *d.l.1.* potiores erunt. *argum.l.2.C. Qui potiores.* vbi id notat Salicetus, porrò iſtam hypothecam habent legatarij in bonis teſtatoris, *d.l.1.* non heredis. Vbi enim heres adijt ſine beneficio inuentarij, in ſolidum quidem obligatus eſt, & tenetur actionibus proprijs, ſed non propterea hypothecæ eius bona nexa ſunt: quamuis ſi moram faciat, poſt ſex menſes elapſos, & in heredis ipſius bona miſſio fiat, & pignus ita prætorium conſtituatur. *l.certa 6.C. vt in poſſ.leg.* Numquid autem hypotheca iſta hæret in re legata quoque ipſa? Ego non exiſtimo: quoniam cum non niſi agnito legato, de hypothecæ perſecutione quæratur, legati agniti dominium jam habet legatarius. Et quamuis quidam putent, fictione juris ciuilis tranſlatum in legatarium, dominium, non impedire, quo minus hypothecæ quoq; locus ſit (de quo, an hypotheca in re propria conſiſtat, infra *de Rebus cap.14.* dicemus) tamen etiam hoc admiſſo, non video, cui bono ſit iſta hypotheca in re quam jure dominij legatarius perſequi poteſt: & ipſa *l.1.C. comm. de legat.* ſatis oſtendit, quod hypotheca ſit conſtituta in teſtatoris bonis ceteris, pro re quam reliquit defunctus: de quo v. *Bart. in d.l.1. Iaſon. col. 2. Cyn. n. 12.* & quod non in legata re, ſed in ceteris bonis habeant hypothecam legatarij, communis eſt opinio referente *Neguzant. p. 2. membr. 4. n.158.* Ceteroquin non eſt inepta opinio Cyni & aliorum, quod diuerſo reſpectu in rem & hypothe-

Google

pothecaria competat, vt notamus infr. *lib. 2. cap. 14.* Illud apparet, hypothecam iſtam eſſe in bonis ceteris, quæ heredis manent, non quæ alijs legata itidem ſunt: quoniam aliàs ſe mutuo impedirent: *Neguz. d. loco. n. 160.* vbi etiam *n. 162.* tradit, competere eam tantum pro rebus legatis aut per fideicommiſſum relictis, non pro rebus mortis cauſa
6 donatis: quod forte admiſerim in donatione tali vera: ceteroquin ſi quis quid abſenti & ignoranti mortis cauſa adſcripſerit, cum id reuera legatum ſit, hypothecæ quoque illi locus erit. Quinimo ſi quis citra traditionem (ceteroquin res dubio caret,) præſenti quoq; dicat ſe rem mortis cauſa donare, quæ vera mortis cauſa donatio eſt, malim contra Dd. quos ibi refert Neguz. idem ſtatuere, quod in legato: nec ſufficit ratio ibidem relata, quod hoc non reperiatur jure cautum: ſatis enim cautum hinc eſſe intelligitur, quod eſt eadem ratio donationis mortis cauſa, & quod in dubio in ea obtinet, quod & in legato, maximè poſt *l. vlt. C. de mort. cauſ. donat. junct. pr. Inſt. de donation.* vbi penè per omnia
7 hæc donatio exæquatur legatis. Connexa quæſtio eſt, an liberi, patre ſcil. mortuo, habeant hypothecam pro perſecutione legitimæ? Quod communius negari ab Interpp. teſtatur *Neguz. p. 2. mem. 4. n. 164. caſu. 24.* hac ratione, quod non ſint pares termini, & deficiat voluntas expreſſa teſtatoris, propter quam legatarijs hypothecã dederit Juſtinianus: ſed non magni momenti videtur iſta ratio: nam quod facit pro legatarijs expreſſa voluntas, id ex aduerſo magis debet facere pro liberis, fauor legitimæ, quæ jure naturæ, & imo quaſi æs alienum liberis dicitur deberi. Et tamen limitat opinionem communem Neguz. vbi legitima patitur tanquam ex ſola diſpoſitione legis. Quod ſi n. vel tota vel pars eius relicta ſit, & ipſum quoq́, ſupplementum peti jure legati, & per ea bona eſſe obligata liberis ſcribit. Hodie legitima eſt relinquenda titulo inſtitutionis: vel vtiq; pars eius. Quod ſi ponas filium nudè inſtitutum in re aliqua ſingulari, quod rectè fieri communiſſimè placuit, & probat N. 151. c. 3. filiũ tũ reuera pro legatario eſſe alibi ſolide oſtendi: itaq; hoc caſu & maximè vbi ad ſupplemẽtũ agendũ fuerit, hypothecę iſti tacitæ locus adhuc erit: Filio autem vel præterito vel exhæredato, vel ſi legitima ab inteſtato grauata ſit, remedia ſuperſunt alia, neq; huc commodè referri poteſt hypotheca ex *d. l. 1. C. comm. de legat.* Porro Juſtin. in *l. Sancimus. 46. § ſi vero aliqua. 9. vers. quinimo. C. de Epiſc. & Cler.* (quę tamen conſtitutio non eſt in exemplaribus vulgatis) dederat hypothecam legatis ad pias cauſas; quod poſtea porrexiſſe voluit in *d. l. 1.*

ad le-

Digitized by Google

ad legata omnia. Et confirmat *d.§.9.* quod non in ipſa re legata, ſed in
ceteris bonis conſiſtat hypotheca. Sed & ex *Edicto 7.cap.3.* ad inſtar fi-
ſci hypothecam tacitam habent argentarij in bonis debitorũ ſuorum.
Subijciemus ſtrictim ex Neguzantio hypothecas tacitas generales ex 8
jure Canonico. Hoſpitalarij vel alterius Oeconomi adminiſtrãtis res,
quæ pertinent ad piam cauſam, bona tacite ſunt obligata *Neguzan p.2.*
memb.4.n.123. Item habet Eccleſia hypothecam in bonis prælati qui
adminiſtrat. *ibid.n.120.* Et 3. *num.126.* refert pro decimis bona debito-
rum tacitè eſſe obligata. Et 4. bona eius qui damnum dedit, obligata
eſſe eo jure huic, cui damnum datum eſt, *n.124.* Deniq; bona vſurarij
pro reſtitutione eſſe tacitè obligata ex quorundam ſententia *n.154.&*
ſeq. Videri poſſit malè omiſſa hypotheca ei cõpetens qui in funus im-
pendit: ſed hinc ſanè nuſquã legimus datam eſſe hypothecam: Equi-
dem cum qui habet hypothecam, omnibus actionibus & nudis pri-
uilegijs præferatur: *l.9.C.Qui pot.* Et verò qui in funus impendit, præfe-
ratur ipſe omnibus creditoribus *l.pen. de reliq.* non niſi jure hypothecæ
præferri videtur. Dicemus de eo infr. vbi de jure prælationis diſpu-
tabimus.

CAPVT XI.

Exempla & ſpecies tacitæ hypothecæ ſpecialis & de inuectis, illatis.

1. *Hypotheca inuectorum mixta.*
2. *De rebus illatis à minore.*
3. *De libris ſtudioſorum.*
4. *De illatis in prædia ruſtica.*
5. *Ad l. 24. §. 1. Locati.*
6. *D. l. 11. §. Solutam. de pign. act.*
7. *De inuectis obligatis pro damno dato ad l. 2. de tac. hypoth. & l. 5. eod.*

GEnerales diximus omnes eſſe ex Lege. In ſpecialibus quibuſdam videtur & conuentio eſſe, nec tamen ſine legis quadã adſiſtentia: vt forte non errauerit, qui ſpecialem hypothecam tacitã in puram legalem & mixtam diſtinxerit. Talis eſt hypotheca illatorũ & inuectorũ

in vr-

in vrbana prædia, quam inter ſpeciales refero hypothecas: quia conſtituitur per illationem rerum ſingularum: licet ſi conſideretur, vt jam per plurium rerum illationem conſtituta, ſapiat naturam hypothecæ generalis. Inde enim fit, vt inducti ſerui poſſint manumitti, quod docet *l. 6. & l. pen. In quib. cauſ. tac.* Item vt non veniant, quæ nemo veroſimiliter ſit obligaturus: vt *ſup. de gen. hyp.* monuimus. Non eſſe puram hanc hypothecam legalem, ſed etiam & imo magis ex conuentione tacita probatur *l. Item. 4. de pactis. l. eo jure. 4. in pr. l. licet. 6. In quibus cauſ. tac.* Naſcitur enim ex facto illationis, ex quo præſumitur tacita conuentio & obligatio. *argum. l. vlt.* ibi, *tali juſta præſumptione. C. de tac. hyp. l. ſolutum. 11. §. Solutam. vers. vnde.* ibi, *non enim credibile eſt, hoc conueniſſe.* Accedit quod expreſſa conuentio videtur locum dediſſe vt ſemper poſtea crederetur conuentum de pignore, *Arg. l. ſi ſeruus. 61. §. Locaui. 8. de furt.* vbi proponitur ex more conuentum vt fructus fundi pignori eſſent: nam & hoc omiſſo tenentur *l. in prædiis. 7. in pr. de tac. hyp.* nec diuerſa in prædium vrbanum illatorum ratio eſt. Et hinc,
1

2 quia hæc hypotheca ex conuentione naſcitur, infero, quod res illatæ à minori ſine curatoris autoritate non teneantur: quoniam jus oppignorandi minor non habet: ſecus autem dicerem, ſi abſque conuentione ſola poteſtate legis iſta hypotheca induceretur. Ex quo fit, vt minoris cum fiſco contrahentis, & vxorem ducentis, (quæ hypothecæ ſunt purè legales) bona obligentur, vt rectè *Accurſ. in l. vlt. C. de legit. tut.* & bene contra Bart. defendit *Baldus in l. vn. §. & vt plenius. C. de rei vx act. & in l. ſi conſtante 24. ſolut. matrim.* Et eſt iſta ſententia, quòd à minore illata non ſint obligata, communis, teſte *Neguz. p. 2. membr. 4. n. 154.* & ita tenent *Accur. in d. l. fin. C. de legit. tut. Bald. ibid. & idem Bald. & Iaſon. poſt Acc. in l. 4. de pact.* quibus iniuriam facit *Neguz. citato loco,* dum contrariam adſcribit illis ſententiam: quamuis pleriq; hanc hypothecam magis habeant pro legali, & hac ratione cur à minori inducta non ſint pignori, ducantur, quòd hæc hypotheca conductioni non ſit neceſſario annexa, ſed non poſſe opinionẽ iſtam defendi puto, niſi ex fundamento quod legalis ea hypotheca tota non ſit, ſed magis conuentionalis: neq; enim iſta ratio quod non ſit annexa cõductioni hæc hypotheca, quidquã ſolidi concludit: imo vix eſt, vt quis cõmodè ædes inhabitare poſſit, niſi ad vſũ neceſſaria inuehat aut inducat: Multò minus eſt probanda diſtinctio Petri, quam malè ſequuntur *Cynus & Sichard. in l. Certi. 5. C. Locati;* an minor vtiliter contraxerit, & vſus ſit

jure

Digitized by Google

jure communi, nec ne: Alienare enim & oppignorare minor non poteſt, & ſi fecerit, actus eſt nullus: diſtinctio autem illa ad reſtitutionum materiam pertinet, vbi minor ipſo jure tenetur: & adde hac de re *Menochium remed. 3. adipiſc. poſſ. de Interd. ſalu. quaeſt. 8. n. 63.* Res autem vt pignoris jure teneantur, ita illatas & eo animo eſſe oportet, vt perpetuò (nimirum dum locatio durat) ibi ſint & maneant. *l. 7. §. 1. de tacit. hypothec.* Itaq; merces & alia venalia hoc genere pignoris non tenentur: notat & *Neguz. p. 2. memb. 4. n. 152.* Illud juris communis eſt, vt non teneantur res alienæ: nemo enim res alterius obligare poteſt: quod Neguz. limitat d. loco, niſi domino ſciente fuerint illata. Ego non crediderim ſufficere ſimplicem & nudam ſcientiam: niſi acceſſerit fraudulenta diſſimulatio *arg. l. 2. C. ſi res aliena.* Non enim tenentur pignori illata inſtrumenta, quib. continentur nomina debitorum, *Neguz. d. loco. n. 153.* quoniam non cenſentur includi loco, pro qua ſententia (& hæc tractatio etiam in alijs partibus juris, v. c. ſi legentur quę ſunt in loco, occurrit) v. quæ ſcribunt *Menoch. 3. remed. adiſc. poſſ. n. 142. & idem 4. præſumpt. 129. n. 29. Cynus in l. certi. 5. C. Locati. q. 5. n. 5. Pech. de teſtament. conjug. l. 5. cap. 27. n. 2. Pinell. ad rubr. C. de bon. matern. p. 1. n. 8. & ſeqq.*

An libri ſtudioſorum teneantur? quæritur. Ego negantem opinionem commodè puto defendi: quoniam, cum iſta hypotheca aliquatenus naturam ſapiat generalis hypothecæ, in eam non venient, quæ nemo veroſimiliter ſit obligaturus. *l. 6. & ſeqq. h. t.* huiusmodi autem res ſunt libri. Et extra hoc quoque, ex hypotheſi veri ſtudioſi, fauor ſtudiorum, ratio vtilitatis & neceſſitatis, & ne quis cum jactura eruditionis (in quo etiam intereſſe quoddam publicum verſatur) libris carere cogatur, ſuadent hanc ſententiam: nec ineptè generalis illa ratio, ex *auth. habita, C. Ne fil. pro pat. quis eorum non miſereatur, &c.* allegari poſſit: Et quod inſtrumentis ruſticis datur, huic generi inſtrumentorum denegandum non videtur, maximè cum contraria ſententia admiſſa, occaſio detur plebeis hominibus, ſtudioſos, qui eorũ ædes inhabitant, vexandi, & libros eorum ſub prætextu penſionis retinendi quin & diſtrahendi: quod maximo cum imcommodo fiat ſtudioſorum, quorum plurimum intereſt, eosdem libros, quibus aliquantiſper vſi ſunt, retinere. Hæc ſufficerę poſſunt, ad retundendam vnicam obiectionẽ, qua Hunnius ineptè contra mouetur, quod libri ſtudioſorum non inueniantur excepti: cuius illud quoq; putidum eſt, quod 5

libri poſſint obligari tacita voluntate:nam ex jam dictis,eiusmodi voluntas ſtudioſi preſumi non poteſt nec debet.Illa obiectio magis forte moueat,à præiudicio locatoris,cui ita non benè fuerit conſultum : cũ ſtudioſi præter libros & veſtes vix quidquam habere ſoleant. Verum rationes ſuperiores ſunt potiores:&imputet ſibi locator,quod non de expreſſa hypotheca ſibi proſpexerit : & penſio non ſolet eſſe magnæ quantitatis: nec deeſt etiam ſemper, quod præter libros ac veſtes neceſſarias teneri poſſit. Hoc jus pignoris Juſtin. generale prorſus fecit. *in l.vlt.C.de tac hyp.* Diximus in pr.cap.conſtitui hanc hypothecam per illationem in prædia vrbana.Vulgata cõtrouerſia eſt,quod in illatis in
4 prædia ruſtica juris ſit:Poſſet quis exiſtimare,cum fundi ſint prędia ruſtica,ineptè quęri,an in ea quid inferatur.Sed vtiq; ita loquuntur JCti & Impp.in *l.eo jure.4.de tac. hyp.l.ſi non.5.C.eod.l.potior.11.§.2. Qui potiores.*Fundus nimirum locatus intelligitur principaliter,& pro fructibus percipiendis promiſſa penſio,cui ædicula aut quodcunq; tandem adiectum eſſe poteſt tuguriũ, in quod aut ſub quod aliquid inferatur, & quod quia principaliter de fundo actum eſt,in fundum dicitur inuehi aut inferri. Doctores communiter & hæc inuecta & illata pro mercede ruſtici prædij pignori tacito teneri cenſent, non tamen ſimpliciter,verum concurrente ſcientia domini,per *l.certi 5. C. Locati.* Sed pleriq; recentiores diſſentiunt,& citra expreſſam conuentionem, iſta obligari negant: quib. & ego calculum meũ addo lubens,his rationibus, 1. quod in *l.4. In quib. cauſ. pign. tac.* prædia vrbana hoc nomine ruſticis opponuntur: & non ita,quaſi in illis nuda illatio ſufficiat, in his & amplius domini ſcientia requiratur:ſed ſimpliciter ita, quod de illis invecta illata,tacito pignori ſint obligata. Ergo ſi oppoſitio cõſtare debet, neceſſario ſequitur,quod illata in prædia ruſtica non ſint tacito pignori obligata: atquin ex ſententia Dd. etiam illata in fundum tacitè ſunt obligata, (quoniam ſcientia domini non excludit tacitam pactionem)quod omnino eſt contra mentem, JCti in *d.l.4.* Altera ratio eſt,ex *l.7.eod.tit.* vbi fructus hoc nomine ceteris rebus ita opponũtur: quod illi pro mercede ſint obligati,etiamſi nihil conuenerit.E.ceteræ res non ſunt obligatæ niſi aliud conuenerit: Quod ſi ſola ſcientia ſufficeret,ſequeretur contra mentem JCti, quædam præter fructus in ruſticis prædijs tacitè eſſe pignori.Facit 3. quod paulo ſuperius attigimus ex *l.ſi ſeruus. 61.§. Locaui.8.de furt.* ſolitos olim inter ſe conuenire, vt fructus eſſent pignori;quod poſtea omiſſum,ſemper pro tacitè conuento

uento

Digitized by Google

vento habitum fuit. Accedit quod in *l.5. C. In quib. cauſ. tac.* requiritur quodam modo vt quæ in fundũ inducta ſunt, pignori teneri poſſint, placitum & conuentio partium. Nec parum mouet, quod explicari vix poteſt, quænam ſit illa quam deſiderant Dd. ſcientia domini; aut quid ea conferat ad inducendum pignus: vt proinde præſtet, in *l. 5. C. Locati.* quæ errorem hunc obiecit Interpp. verbum *voluntatis* accipere de conuentione expreſſa: quomodo non diſſimiliter Juſtin, in *l. vlt. C. de nouation. voluntate* nouare accipit, pro nouare expreſſa conuentione. Et Hunnius tamen *Tract. de pact.* communem Dd opinionem euidentiſſimè adfirmat probari in *l. vlt. C. in quib. cauſ. pign. tac.* ſed errat, quia Juſtinian. tantum ibi hypothecam illam producit ad omnes prouincias: fuerit autem petitio principij, ſi quis de inuectis & illatis in prædia ruſtica ibi agi præſupponat. Nemo etiam, niſi valdè obtuſæ naris non viderit, quod §.1. *l. in prædiis 7.* non cohæreat cum *pr. eiuſdem textus.* ſed per *d.* §. determinatur, quænam ſint ea, quæ pro mercede ædium pignori teneantur: & in eo non tractatur, quid in ruſticis aut vrbanis prædijs pignori obligetur: verum ex hypotheſi, quod hypothecæ ſint inuecta & illata in ædes, docet *d.* §.1. quod ea oporteat inuecta & illata eſſe, vt ibi ſint perpetuò: at *in pr. d. l. 7.* non de inuectis, ſed de fructibus agitur. Nec ineptè minus obijcitur *l. 3. in quib. cauſ. pign. tac.* quæ explicanda eſt ex *l.4.* quod nimirum quædam certo modo & reſpectu ſint prædia quidem ruſtica; ſed quæ, vt ait JCtus, habeantur pro vrbanis, quoad cauſam taciti pignoris, & ſcilicet quoad hoc, vt pignori teneantur, quæ inferuntur, quoniam iſta prædia, horrea, ſtabula &c. non producunt ex ſe fructus, vt cetera prædia, vineæ, fundi, prata, qui fructus ex iſtis prædijs naſcentes, faciunt ceſſare tacitam hypothecam illatorum: vt adeo opinio noſtra hinc etiam magis probetur à contrario ſenſu: Ceteroquin de ſtabulis, inter quæ prædia referenda ea ſint, v. latius *Donell. de pignoribus. cap. 4.* Ad *d. l. 5. C. Locati* explicationem paulo ſuperius propoſitam, facit & *l. Pompon. 5. In quib. cauſ. pign. tac.* vbi quoq; voluntas vſurpatur pro conuentione. Et cum voluntas alterutrius hic ſufficere non poſſit, oportet ponere voluntatem mutuam, quæ facit conuentionem: quamuis nõ videatur abſurdum, quod Donell. & alij volunt, intelligi poſſe in *d. l. 5. C. Loc.* directò & expreſsè pactum eſſe de aliquo inferendo, & inde conuentum de pignore intelligi: vt nimirum, ſi dominus ita

locauerit

locauerit fundum,vt in eum res certas inferret colonus,ſecuritati pen-
ſionis ita proſpicere voluiſſe intelligatur: atque ita ex pactione de in-
ferendo,tacitam conuentionem pignoris colligamus. Secundum hæc
quod in *l. etſi.* 14. §. 1. *de religioſ.* de inuectis in prædium ruſticum dici-
tur, ita accipiendum eſt, non quod verè pignori ſint obligata , ſed
quod inſtar pignoris per retentionem poſſint teneri , vt & loquuntur
JCti in *l. creditores.* 15. §. 2. *de furt. l. Iulianus.* 13. §. *offerri* 8. *de act. empt.* po-
nendum eſt, ſuper inuectis nominatim fuiſſe conuentum : quod &
ſolitum fuiſſe docet *l. potior.* §. 2. *Qui pot.* 12. *pign.* vbi rurſus ex eo quod
ſimul & de inuectis & ibi natis conuentum ponitur, non rectè quis
inferat, vtrorumque eandem eſſe rationem & citra pactum. Nam vt
ſup. dictum, hoc initio & ſuper fructibus caueri ſolebat, quibus tum
& inuecta illataq; addebantur : ſed poſtea receptum, vt & citra pacti-
onem fructus pignori tacito teneantur. Prorſus de alia re agentes
textus,& obiter tantum aliquid adſpergentes, ad iſtius quæſtionis de-
5 ciſionem ſolidè facere non poſſunt. Quod attinet ad *l. ſi in lege.* 24. §.
1. *Locati.* ea quoq; eſt accipienda omnino de colono,qui pactus eſt,res
ſuas pignori fore (de qua re v. relatos à *Menochio rem. 3. adip. poſſ. n. 99.*)
Res enim ibi fructibus opponuntur,& ex eo quod locatori primo ne-
gentur obligari, res conductoris ſecundi, ſatis colligitur, quod & ſcil.
ex conuentione, res conductoris primi teneantur. Et vero, quod ibi
interceſſerit pactio,& quod hic alia ruſtici, alia urbani prædij ratio ſit,
(vtcunq; relati à *Menoch. d. loco. n. 98.* diſſentiant) evidenter ex eo proba-
tur, quod in *d. l. 24. §. 1.* ſecundi coloni res,negantur teneri primo lo-
catori, fundi domino ſcilicet:quoniam ex conuentione primi condu-
ctoris vtique obligari non potuerunt res ſecundi : Atquin quia in vr-
banis prædijs ſola illatio hypothecam conſtituit,fit, vt etiam à ſecun-
do inquilino inducta,locatori primo & domino ædium teneantur, vt
6 ex *l. ſolutum* 11. § *ſolutam. vers. vnde D. de pignorat. act.* optimè contra Pi-
leum probat Accurſius : Ratione duplici 1. quia JCtus ait, res con-
ductoris ſecundi teneri tantum ad eam ſummam , pro qua cœnacu-
lum conduxit : Prorſus autem ineptum & penè ſtultum ſit, dubitare,
an vltra eam ſummam teneantur primo conductori. 2. quia ait JCtus
non credibile eſſe quod videatur hoc conueniſſe, (ſcil. tanti) vt ad v-
niuerſam penſionem friuola mea (ſecundi conductoris) tenerentur;
quam tacitam conuentionem intelligi de locatore non ſecundo ſed
primo, cui penſio pro vniuerſa domo debetur,vltrò eſt apertum : &
cum

Digitized by Google

cum cœnaculum tantum à primo conductore, qui idem eſt ſecundus locator, conduxerim, non poſſum cum hoc videre de vniuerſa penſione conueniſſe: & id ipſum mox apertius dicitur, tacitè videri cum domino ædium conueniſſe: nulla autem conuentio tacita alia hic fingi poteſt, quàm per quam illata & inuecta pignori obligantur. Et hinc additur in *f.* §. quod domino, vid. locatori primo, ſua propria (tacita nimirum) pactio proficiat, quoniam cœnacularius & conductor ſecundus, inferendo, cenſetur tacitè primo locatori, pro mercede cœnaculi inuecta obligaſſe: quibus verbis remouetur obiectio ex *pr.* §. quod per alium non quæratur obligatio pignoris. Et hæc pertinent ad ſententiam illam confirmandam, quod in prædium ruſticum illata, ſine conuentione expreſſa, jure pignoris non teneantur. Denique 7
hic notandum, inuecta & illata pignori teneri, pro omnibus his quæ veniunt in actionẽ Locati, veluti pro mercede, & pro deterioratione rei conductæ, ſi quid conductor damni forte in ædibus dederit, *l.* 2. *in quib. cauſ. pig. tac.* & ita ꝑ vniuerſo eo debito, quod petitur actione locati, niſi nominatim ad partẽ debiti fuerit facta reſtrictio. *l* 5. § .1. *eod.* Sed dubiũ mouet, quod eſt in *l.* 2. *in pr. eod.* ſi gratuitã cõductor prim⁹, ſecũdo conductori habitationem dederit, inuecta, domino inſulæ pignori non eſſe. Et 1. enim quidni ſint pro deterioratione? tum 2. cum modo dixerimus ex *l.* 11. §. *ſolutam. de pign. act.* illata à ſecundo conductore teneri locatori primo, & cum eo tacitè per illationem videri conuentum eſſe: quod conductor primus gratuitam habitationem dedit, non videtur præiudicare domino ædium locatori primo: Vt hinc incipiam, illud vtique ex *d. l.* 5. *in pr.* à contrario ſenſu probatur: quod ſi conductor primus gratuitam habitationem non conceſſerit, tum inuecta à ſecundo, teneri domino inſulę, juxta ea quę paulo ante diſputauimus: Ceteroquin pactioni illi vt locus ſit, terminos habiles poni oportet, & quidem conductoris, qui penſionem prębtare teneatur. Et cum primus locator ædes integras permiſerit primo conductori: & fidem eius pro ſolida penſione ſecutus fuerit, jure vtriq; ſuo potuit conductor iſte, alteri gratuitam permittere habitationem; & cum juxta *d. l.* 11. §. *vlt. de pign. act.* inuecta ſecundi cõductoris, teneantur non in vniuerſam penſionem, ſed pro mercede, qua ipſe conduxit, vbi nulla merces & nulla conductio eſt, non poſſunt illata teneri: cum & præſertim fauor conductoris primi ſpectetur, ad exonerandam eius penſionem & minuendam, quã ipſe primo locatori debet: qua de cauſa conductor ſecun-

dus primo quoq; locatori pẽſionẽ ſuã ſoluere poteſt. Sed quod attinet *d. l. 5. in pr. In quib. cauſ. pign. tac.* duplex eſt interpretatio: 1. quod eo caſu, & gratuita habitatione permiſſa, inuecta nec teneantur quidem pro deterioratione: quæ opinio eſt *Donelli de pignorib. c. 4.* vbi ait, nullo modo inuecta teneri, quia inuehens conductor non ſit: pro qua opinione facit, quod cum merces ſit principale, ad quod conductor teneatur, ceſſante iſto debito, nec teneantur inuecta pro deterioratione. Itẽ facit, quod in *l. 4. de pact. in 2. limitat.* Iaſon mouet, quod cum *in d. l. 5.* JCtus gratuitam proponat conceſſam habitationem, & pignori tamen inuecta eſſe neget: & dubitare, an ſint obligata pro mercede, quæ nulla eſt, ſtultum pene ſit, proinde & per conſequentiam videatur & hoc voluiſſe JCtus, quod omnimodò inuecta non teneantur, nec quidem pro deterioratione. Et tamen poteſt reſponderi, rationem fuiſſe dubitandi quo ad dominium ædium, & cui, vt paulo ante mouimus, non videbatur conductor primus præjudicare, quominus inuecta à quocunq; tacito pignori ipſi tenerentur. Addam & hoc, non excludi in *d. l. 5. de tac. hyp.* nexum pro deterioratione, & ideo ſimpliciter JCtũ negare inuecta teneri, quia tantum cogitauit de mercede, quæ ſcilicet eſſentiale eſt conductionis, quod in eam ſemper & perpetuo venit: deterioratio autem, vel quod pro ea eſt præſtandum, eſt accidentarium, & quod non ſemper venit in locationem, proueniens quippe ex culpa & delicto, quod præſumitur, cum quisq; bona fide re vti intelligatur, ideoq; JCtus *in d. l. 5.* eam præſtationem non attendit. Et hæc eſt opinio ſecunda ad *d. l. 5.* quod nihilominus pro deterioratione inuecta & illata teneantur, quæ communis magis Interpp. eſt ſententia, per ea quæ hac de re *p. 2. membr. 4. n. 137.* Neguzant. ſcribit: pro qua etiam hoc facit, quod cum conductor primus, qui gratuitam habitationem conceſſit, minimè etiam gratiam cenſeatur feciſſe damni ſi quod daturus eſt, ſed habitans eo nomine teneatur vel commodati vel præſcriptis verbis primo conductori, qui & ipſe rurſus primo locatori tenetur ob damnum, quod habitans gratuito dedit, non immerito ab hoc inuecta pro deterioratione debent eſſe obligata. Illud denique pro ſupplemento addo, tacitam hypothecam fructuum in ruſticis prædijs etiam poſſe dici conuentionalem. *arg. leg 61. §. 8. de furt. l. potior. 11. §. 2. Qui pot.* Sed non eo gradu, quo inuectorum in prædia vrbana, quæ naſcitur ſimul ex facto. Itaque non dubitandum, quin etiam ſi minor fundum conduxerit, fructus tacito pignori teneantur.

Ca-

Digitized by Google

CAPVT XII.

De hypotheca tacita ſpeciali, quam habet qui in refectionem, reſtitutionem aut emptionem ædium vel alterius rei, credidit.

1. *De hypotheca ædium in quarum reſtitutionem creditum eſt.*
2. *Quid de naui & alijs rebus.*
3. *Quid ſi in rem emendam creditum eſt.*
4. *De his quorum pecunia res empta eſt, & inprimis de re pupilli pecunia empta.*

EST de hoc pignore ſeu hypotheca tacita legali, *l. 1. in quib. cauſ. pign. tac.* Et ſub legis enim appellatione comprehendimus quoq; SCtũ, quo juxta *d. l. 1.* pignus inſulæ datum eſt ei, qui credidit ad eius reſtitutionem. Dicitur quidem huic priuilegium exigendi competere. *l. creditor. 25. de reb. cred. l cum duobus. 52. §. idem. 10. pro Socio. l. ſi ventri. 24. §. 1. de bon. aut. jud. poſſ.* in qua, quod dubium auget, id tribuitur Marco, cuius & mentio in *d. l. 1.* vbi tamen pignus inſulæ creditori datum dicitur, quod vtique à ſimplici exigendi priuilegio longè differt: quod tantum ſignificat prælationem præ creditoribus alijs chirographarijs: non autem tribuit jus in re. Non dicam, ſignificari hic per priuilegium, prælationis jus annexum hypothecæ: ſed potius, quod priuilegium & jus hypothecæ ſæpè concurrant, ob qualitatem cauſæ vel perſonæ: vt apparet ex eo, quod de priuilegio fiſci dicitur, *l. 34. de reb. aut. jud. poſſ.* & pupillorum, *l. 19. cum ſeqq. eod. tit.* qui tamen & hypothecam habent. Et probabiliter dicemus, orationem Marci feciſſe tantum mentionem ſimplicis priuilegij, id SCto ſecuto, vt moris erat, adprobatum, & auctum inſuper adiecta hypotheca fuiſſe; eo argumento, quod id SCtum temporibus Marci factum dicitur *l. 1. de tac. hypoth.* Fit autem in omnibus textibus ſupra citatis, reſtitutionis mentio: quod cauſam quæſtioni præbuit, an ea hypotheca tantum ad eum pertineat, qui credidit in ſpecie ad reſtitutionem ædium collapſarum, an ad eum quoque, qui in domus lapſabundæ & minantis ruinam, refectionem, credidt pecuniam? Equidem ali-

ud eſt reficere, aliud reſtituere, vt probatur ex *l. numſ. 37. verſ. Quod ſi, de damn. in.* Sub quo tit. ferè ſemper vtuntur JCti refectionis verbo, dum agunt de ædibus, quarum nomine, ne ruant, petitur cautio damni infecti: vt, ſi verbi ſequamur proprietatem, hæc hypotheca ad eum pertinere minimè videatur, qui in refectionem credidit. Et ita cenſet Cujacius, in *not. ad animad. Roberti, lib. 3. cap. 14.* quem ſecutus eſt Hunnius, qui tamen eodem loco, hanc hypothecam ſcribit boni publici cauſa eſſe introductam, quoniã in ædificijs & lapſis reſtituendis, & ijsdem tenendis, publica quodammodo verſetur vtilitas, vt integra ſint ædificia: Quæ ſi vera ſunt, & ille habere quoq; debet hypothecam, qui credidit in refectionem. Et ſanè cum deformitati vrbis nõ minus occurratur per ædium conſeruationem, ne ruant, quam per collapſarum reſtitutionem: nimis quam ſuperſtitioſum videtur, poſita eadem ratione, negare juris identitatem. Et falſum, vtique generale non eſt, quod nec ex puritate rationis jus ſingulare ad cõſequentias ſit producendum: quinimo cum ratio ſit anima Legis, ſicut correcta ratione, hoc ipſo lex correcta intelligitur: ita data eadem ratione legis, idem jus ponendum eſt: Sed & non video, cur hoc jus exorbitans debeat appellari, quod ex æquiſſima ratione huic creditori dat hypothecam in re, quæ citra pecuniam eius fuiſſet ruitura: cum præſertim probabiliter, imò omnino ſentiri poſſit, quod etiam refectio ſub verbo reſtitutionis ex mente JCti contineatur: cum videatur quodammodo reſtituere effectu, qui reficiendo facit, ne ædes ruant. Quod autem dicitur, plus facere reſtitutor, ineptum aut ambiguũ eſt: plus enim reſtitutor operis facit: ſed non plus facit, qui ad reſtituendũ credit, quã qui ad reficiendum, quantum nimirum ad æquitatem huius taciti pignoris attinet: ceteroquin ei quoque & magis hypothecam dederis, qui credit in ædificium planè nouum in area ponendum: quod tamen nuſquam traditum eſt. Et Dd. ſanè *gl. Bart. alij in d. l. 1.* confuſim refectionem & reſtitutionem vſurpant, quin & ferè *Iuſtin. in* N. 97.
2 *cap. 3.* Itaq; opinioni iſti Cuiacij omnino nuntius eſt mittendus. Atq; ita de ædibus. Sed ſi quis ad reficiendam nauem, aut quam rem aliam, crediderit pecuniam: an & hic habebit hypothecam? Et priori illi qui v.c. in nauem reficiendam credidit Dd. communiter hypothecam tacitam tribuunt, teſte *Neguzant. p. 2. membr. 4. n. 162. caſu. 16.* & pro certo ponit *Couar. 1. reſol. 7. n. 3. poſt pr.* Sed haud ſcio an id jure noſtro ſatis probetur. Priuilegium quidem exigendi perſonale huic datum eſt,

l. qui

Digitized by Google

l. qui in nauem. 26. & l. quod quis. 34. de bon. aut. jud. ſed ab eo non rectè infertur ad hypothecam; Et cum *In l. 1. In quib. cauſ. pign. tac.* tantum de ædibus id proditum ſit, nuſquam de naue, tutum non videtur, vt jus hoc extendamus ſine textu: cum nec eadem ſit ratio nauis & ædium: & ſplendori vrbis quod tributum eſt, non poteſt locum habere in naui: nam & alia quædam ſpecialia ob illam rationem placuit admitti, veluti ne ſignum ædibus junctum ſoluatur, ita vt nec legare quidem liceat, *t. t. de ſigno. junct. l. qui res. 98. inf. de ſolut. l. cetera. 41. & l. Senatus. 43. de legat. 1.* Et ad textus, quibus ſuam opinionem Doctores adſtruere conantur in *l. huius. 6. Qui pot. & in* N. 97. *cap.* 3. jam vulgo nota eſt reſponſio, quod ibi non de hypothecæ tacitæ inductione aut conſtitutione, ſed ex hypotheſi hypthecæ ſiue ex Lege, ſiue ex pacto conſtitutæ, de priuilegio & jure prælationis quæratur, nec animaduerterunt Dd. quod ratio JCti *in d. l. 6.* quod pecuniam eius ſaluam faciat totius pignoris cauſam, non concludat pro hypotheca, ſed pro jure prælationis, & quod anterior creditor non poſſit jure queri ſibi injuriam fieri, quod ille præferatur, qui ſi pecuniam non credidiſſet, ille nullum prorſus pignus habiturus fuiſſet. Sed de hac re pluribus egimus ad Treutl. *p. 2. diſp. 24. de benefic. cred. th. 7. lit. E.* Quod ad hoc, 3 qui in rem aliquam emendam crediderunt, non deſunt, qui & his præter priuilegium exigendi tacitam hypothecam tribuunt, quos & eos non paruæ autoritatis refert *Couar. 1. var. reſolut. cap. 7. n. 3.* Sed idem teſtatur communius contra ſentire Doctores, idemq; & *Neguz. p. 2. m. 4. n. 163. caſu 17.* Et pro ea ſententia, quod nimirum, qui credidit in rem aliquam comparandam, non hypothecam tacitam, ſed ſi de hypotheca expreſſa ſibi proſpexerit, prælationis jus habeat, contra anteriores creditores faciunt *textus in l. 5. §. planè. 17. de tribut. action. l. licet 7. C. Qui pot. l. quamuis. 17. C. de pignor.* Et ita accipienda eſt *d. N. 97. c. 3.* quæ confuſim proponit, creditores, qui in reficiendum aut emendum, &c. dederunt pecuniam: & quos nimirum, vt paulo ante diximus, habere hypothecam, reſpectiuè ex lege aut conuentione, præſupponendum eſt, vt quæſtioni, quæ tractatur ibi de jure prælationis, locus eſſe poſſit. Quæritur autem, quo modo accidere poſſit, vt in re demum mea pecunia emptâ, alter poſſit eſſe anterior? (diximus enim, illum, ſi de hypotheca ſibi proſpexerit, alijs creditoribus prioribus præferri:) Dicam caſum hunc contingere 1. ſi cui prius omnia bona fuerint obligata, qui in re poſt quæſita potior eſt poſterioribus credito-

 ribus,

ribus, aut vtique cum illis concurrit: (de quo infr. pluribus) Qui autem credidit pecuniam in rem emendam cum pacto pignoris, ille in re tota potior erit. 2. Contingit hic caſus in re aliena pignoris data, vel ei debita qui pignus dabat, vel hypothecæ obligabat, quod & Donellus notat *Tract. de pign. cap. De his qui potiores. ſub fin.* Etenim ſuperuenientia dominij, quæ confirmat pignus, facit, vt potior ſit, qui rem vt maximè adhuc alienam accepit pignori: niſi poſterioris pecunia fuerit comparata & hypothecę expreſsè obligata. Quia ſi quis rem emerit, & ante conditionē pignori obligauerit, mox pecuniam à Titio acceptam ſub hypotheca tradiderit venditori, Titius poſterior licet, potior erit.
4 Cum non habeat porro hypothecam, qui ad rem emendam credidit, multo minus habebit, cuius pecunia ſimpliciter fuit res empta. Idque controuerſiam non habet, & eſt ita jus regulare: ſed excipitur pupillus, cuius pecunia ſi res empta ſit, tacitè ipſi eſt obligata. *l. Idemq. 7. in pr. Qui potior. l. pen. C. de ſeru. pign. dato. l. ſed ſi. 3. in pr. de rebus, eor. qui ſub tut.* quæ loca probant hanc hypothecam deſcendere ex conſtitutione Impp. Fit in *d. l. pen.* mentio tutoris, verum non eius qui emit, ſed qui ſeruos ex pecunia pupillari emtos, manu miſit, ſcil. emtos à quocunq;: & textus non habent deſtinctionem, an res, pupilli pecuniā, à tutore an alio ſit emta. Quin videatur poti⁹ jus iſtud pertinere ad res emtas ab alio, quā à tutore: quoniam non facile niſi in caſu neceſſitatis leges inducunt tacitam hypothecam: vbi autem tutor pecunia pupilli rem emit, ſatis alias pupillo conſultum eſt per vtilem vindicationem *l. 2. quand. ex fact. tut.* vnde exiſtit alia ratio, quod res ei qui dominus eſt, oppignorara eſſe nō poteſt. *l. neq. 45. de R. I.* quamuis hic reſponderi poſſit, quod actio vtilis huiusmodi non tam vero jure dominij, quam ex æquitate ferè accommodetur, vt in ſpecie. *l. ſi vt. 8. C. de rei vindicat. l. 1. C. de donation. quæ ſub modo. l. vxor. 55. in fin. de donat. coniug. N. 61. cap. 1. §. 1. l. in rebus 20. C. de jur. dot.* & præterea dominium aliquod poteſt conuenire cum hypotheca, vt tractabimus inf. vbi de Rebvs. Illud tandem addo, quod hypothecaria aliquando, vindicatione in ſpecie dicta, vtilior eſſe poteſt: quia per adquiſitionem dominij jus pignoris non tollitur. *l. 1. §. 1. de pignor.* de quo *infr. lib. 3.* vbi de ſeruiana actione: vt vel hac de cauſa pupillo hypotheca in re quam ipſius pecunia tutor emit, neganda non videatur. Interpp. putant in arbitrio eſſe pupilli, hoc caſu an eam tantum ſibi hypothecę obligatam, an adquiſitam jure dominij eſſe velit, ita vt prout hoc vel illud elegerit, ita illū aut hypothecaria actione,
aut

aut in rem vtili agere poſſe: ſed vbi empta à tertio eſt, tantum hypothecariæ locum eſſe. Quod poſterius rectum eſt; neq; admittendum, quod cum alijs videtur probare *Neguz.part.5.memb.1.n.39.* quod & iſto caſu ab initio quidem tantum pupillus habeat hypothecã, ſed ſi forte emptor incipiat non eſſe ſoluendo, tunc ei quoq; competere vtilem actionem tanquam domino, ſi forte per hypothecariam actionem ob concurſum aliorum creditorum ipſi non ſit ſatis conſultũ. Prorſus Leges hypothecam tantũ tribuunt, neq; noſtrum eſt extra eas in incerto vagari: & quod Juſt. in *l.30.C.de jur.dot.* fauore ſpeciali, mulieri etiam vtilem actionem dedit, ad alios caſus temerè non eſt trahendum. Pri⁹ illud vbi res à tutore emta eſt, de electione pupilli, juxta ea quæ refert ex Dd. *Neguz. p.2.memb.4.n.158.& 136.* inſubtilius paulo videtur, nec in pupilli perſona quà talis, poteſt habere locum. Hanc hypothecam, in re ex pecunia alicuius empta, etiam militi tribuunt Interpp. Salicetus in *l.licet.7.C.Qui potiores. Neguzant.p.2.memb.4.n.164. poſt gloſſ. in l. quamuis. C. de pignoribus.* quæ ad hoc adducit. *l. ſi vt proponis.5.8.C.de rei vind.* vbi vtilis actio in rem militi datur: quæ licet & plus cõtinere videatur, quam hypothecaria actio, ego tamẽ in huiusmodi caſibus introducti juris ſingularis non facile admiſerim huiusmodi illationem, ſed omnino ſubſiſtendum in eo putauerim, quod textus definiunt: neque vero dubium eſt, quin in *d.l.8.* per vtilem vindicationem nõ actio hypothecaria, ſed in ſpecie dicta vindicatio intelligatur: quod & Rubrica confirmat. Connexa quæſtio eſt, de militijs emptis ex pecunia credita, quæ juxta *l. vlt. C. de pignorib.* videntur nexæ pignori, ſiquidem Juſtin. creditoribus tribuit actionem contra hos qui militias poſſident, qui coguntur pecuniã ſoluere, aut vtiq; tantũ, quanti militiæ illæ vendi poſſunt. Et loquitur tantum Juſtin ibi de argentarijs, metaxarijs (quod verbum ibi explicat Goth. ex *Cuiac. in l.10.C.de mun.leg.lib. XI.*) & alijs negotiatorib. qui ex pecunia accepta militiã emerunt, licet in hoc expreſſim credita non fuerit pecunia: quod tamen mutatum videtur per *Auth. ſubiectam ex* N.97.*c.*4. vbi videtur requiri conuentio, & vt ſit credita pecunia ad militiam emendã, ibi *qui in has crediderint cauſas*, ſed & generaliter ibi diſponitur, quod in *d.l.vlt. C.de pign.* tantum de negotiatoribus ſancitur. Cuiacius ad N.136. exiſtimat per *d. l. vlt.* ipſas militias fuiſſe ab argentarijs & alijs negotiatoribus oppignoratas. Quod tamen haud ſcio, an ſatis ſit ad mentem Juſtiniani, in *dict. l. vlt.* qui potius hoc videtur adieciſſe, vt præter hypothecas, quas nego-

negotiatores illi dare ſolebant, militia quoque empta ex pecunia, tacitè eſſet obligata. Sed in re obſcura liquidi quidquam vix adfirmari poteſt.

Capvt XIII.

Aliæ quædam hypothecæ tacitæ ſpeciales.

1. *De hypotheca fideicommiſſarij.*
2. *Hypotheca in redemto ab hoſtibus.*
3. *Hypotheca liberorum in lucris nuptialibus.*
4. *Ad l. 5. §. vlt. de tac. hypoth.*
5. *Singularis ſpecies ex l. vlt. eod.*
6. *De hypotheca acceſſionum.*
7. *An res vendita ſit obligata venditori?*

IUSTINIANVS in *l. 1. C. com. de legat.* cum dediſſet legatarijs in bonis omnibus teſtatoris tacitam hypothecam, mox *ſub fin. in vers. & hæc.* ſi quid legatarius alteri reſtituere juſſus eſt, in ea ipſa re dat fideicommiſſario hypothecam. Putat quin Bartolus, quod fideicommiſſarius, ſi probat intereſſe ſua, vt ab ipſo herede accipiat fideicommiſſum, vigore iſtius hypothecæ contra hæredem etiam ſine ceſſione agere poſſit: prout eum refert & ſequitur *Neguzant. p. 2. memb. 3. n. 29.* Sed nos eam ſententiam eſſe falſam probabimus, *infr. De Rebus. lib. ſeq.* vbi de hypotheca nominis. Item tacitam hypothecam habet quisque in eo,
2 quem ab hoſtibus redemit ſua pecunia. Seruus ab hoſtibus redemtus, ſtatim fit redimentis, ſed quem liceat priſtino domino offerenti pretium ſiue lytron, luere *l. in bello. 12. §. ſi quis. 7. de captiu.* Qui hominem liberum redemit, interim dum offeratur pecunia, in eo hypothecam habet, vt probatur. *l. 2. & l. præſer. 8. l. liber. 17. C. de his qui poſtlim. l. ſi pater. 15. D. eod. l. ſenatus. 43. §. vlt. de legat. 1. l. qui teſtamento. 20. §. 1. de teſtament.* & dicemus quoq; infra *De Rebus.* Huc etiam referenda eſt hy-
3 potheca, quam habent liberi in ipſis lucris nuptialibus, quæ à patre defuncto ad matrem peruenerunt, quæ nubit iterũ *l. hac Edict. 6. §. omnibus. C. de ſec. nupt.* Accurſius equidem eum locum ita accipit quod pro illis facultatibus maritalibus res matris ſint obligatæ. Sed enim ea explicatio, vt poſt alios monet Salicetus, violat literam: quæ vult, quod & res vxoris pro bonis adfectis, & res ipſæ adfectæ ſint obligatæ liberis: &

Digitized by Google

ris: & ad illam obiectionem, quod res propria non poſſit eſſe hypothecata, jam ſupra reſpondimus in quæſt. de re ex pecunia pupilli empta, & plura dicemus infr. *De rebus*, an res proria poſſit domino ipſi pignori eſſe nexa? Referunt huc etiam quidam ſpeciem *l. Pomponius. 5. §. vlt in quib. cauſ. pign. tac.* videlicet ſi quis fideiubeat pro eo, qui jam ante rem eius alteri pignori dederat, cum id fideiuſſor ſciret: tacitè enim hoc ipſo rem obligare quaſi de nouo videtur. Et tamen videri potius poſſit, hæc non tam eſſe noua obligatio pignoris, quam veteris à debitore factæ tacita quædam approbatio & ratihabitio: Sicuti conſtat, obligationem rei alienę poſtea à domino ratam haberi poſſe. Plane juxta prius illud hæc hypotheca fuerit tacita non legalis, ſed conuentionalis: Sicut & quæ ex pacto de vendendo (quia ſine jure pignoris iſtud non liceret) inducitur in ſpecie, *l. 3. §. vlt. Qui potior.* quem locum infr. *libr. 3. cap. 2.* vbi de indiuiduitate pignoris, explicabimus. Qualis & illa fuerit, quæ inducitur ex pacto de ingrediendo propria autoritatate, quod ex Dd. tradit *Neguzant. p. 3. mem. 1. n. 4.* Itemque quod ſi conductor pro mercede quaſdam res obligauit, & finito tempore maneat in conductione: pignora quoq; tacitè repetita cenſentur *l. item. 13. §. Qui implet. 11. Locati.* 4

Huc itidem pertinet ſingularis hypothecæ tacitæ ſpecies, quam proponit *Neguz. p. 2. memb. 4. n. 164. caſu 21.* ex *l. vlt. In quib. cauſ. pign. tac.* Et Bartolus ibi hoc ſummarium adſcripſit: quod per obligationem ex cauſa transactionis, videatur hoc tacitè actum, vt res veniret in obligationem primæuam, ſi transactioni altera pars non ſtet, quod & ibidem refert, & non obſcurè probat Salicetus. Intelligit Bartolus obligatam rem in cauſam, & pro obſeruatione transactionis, ita vt ſi poſt non velit ſeruare transactionem qui rem obligauit, non extinguatur hypotheca, (ita enim hoc explicandum eſt) ſed ex cauſa primæ obligationis, ſuper qua (ſcilicet non facta nouatione) transactio facta eſt, alter rem obligatam perſequi poſſit, quod notabile eſt & ſingulare. Species facti, *d. l. vlt.* hæc eſt. Tutoris hæres conuentus tutelæ, ob administrationem à defuncto geſtatæ ab hærede pupilli (idem autem foret, ſi ipſe egiſſet, qui pupillus fuerat, vel durante adhuc pupillari ætate alij eius tutores) cum eo tranſegit, & pro obſeruatione tranſactionis, fundum ſuum proprium obligauit. Poſtea, (ita enim ponendum eſt) heres tutoris à transactione diſceſſit, quæritur, an illud pignus ex noua transactionis cauſa obligatum, expriret? Ratio dibitandi eſt, 5

quoniam ipſa transactio, ob quam pignus obligatum erat, diſſoluta videbatur. Sed contrarium reſpondetur, quoniam in veterem contractum cenſeatur obligata eſſe hypotheca: cuius porro hæc ratio eſt, quod cum ex veteri & nimirum ex quaſi contractu adminiſtrationis tutelæ conuentus eſſet heres, & ex ea cauſa, ob rem à defuncto malè geſtam heredi pupilli ſatisfacere teneretur (& hic enim intelligitur vetus contractus) etiam in hanc ipſam cauſam rem obligaſſe cenſetur. Itaque rectè Bartolus improbat Accurſium, qui cenſet hoc tantum obligationem fundi operari, vt ab herede pupilli retineri poſſit. Etenim cum res quam tutor obligauit, procul dubio & veri pignoris jure teneatur, JCtus vult eaſdem jure eſſe rem quam obligauit heres tutoris, quo eſſet, ſi in veterem contractum fuiſſet obligata. Ex quo intelligitur, fruſtra ab A. Fabro, quem ſuprà confutauimus, adduci hanc *l. vlt.* ad probandum, quod jure Dig. res tutoris pupillis obligatę tacitè non fuerint: Etenim non agitur hic de tutoris bonis, ſed heredis eius: & ſpeciale pignus accedere generali non inutiliter poteſt, cum & dubitari poſſit, an priuilegium ſiue hypotheca quam pupillus habet, tranſeat ad ipſius heredes (de quibus in *d. l. vlt.*) per *l. ex pluribus. 42. de adminiſtr. tut.* Refero & huc hypothecam tacitam, quam ex multorum ſententia legatarius habet in re ipſa legata, de quo v. *ſup. c. 10. & infr. libr. 2.*
6 *c. 14.* Denique ſub ſpecies tacitæ hypothecæ, etiam referenda videtur, quæ conſiſtit in rei obligatæ acceſſionibus. Conſtat enim eſſe nexas pignori & tamen etiam conſtat, quod expreſſim obligatæ pignori non ſint. Sed enim principali re obligata, hoc ipſum tacitè per conſequentiam agi videatur, vt quæ rebus ipſis obligatis accedunt, jure teneantur eodem. Idq; eſt quod traditur in *l. 3. C. In quib. cauſ. pign. tac.* ſi prædium pignori ſit obligatum, fructus quoque licet de his nihil expreſsè actum ſit, credi tamen tacita pactione ineſſe. Id tantum obiter hîc adſpergendum fuit: Ceterquin de pignore iſto acceſſionum plenius infr.
7 *lib. 2. vbi de Rebus.* agemus. Ab aliquibus inter ſpecies hypothecæ tacitæ refertur, quā habeat venditor in re vendita, donec ab emptore pretium ſoluatur. Probare id conantur ex *l. Iulianus. 13. §. offerri 8. de act. empt. l. hereditate. 22. de hered. vend. l. quod ſi. 31. §. Idem. de Edicto adit.* ſed falluntur. Equidem verum eſt, quod poſſit venditor eousque rem retinere, quaſi pignoris jure, dum pretium numeretur. Sed id inducendæ hypothecæ veræ non ſufficit, aut nimium quam multæ pignoris taciti ſpecies admittendæ eſſent. Hoc enim modo & res com-

mo-

Digitized by Google

modata jure quodam pignoris retineri dicitur. *l. creditoris. 15. §. 1. de fur.* item dos, *l. dote. 5. de dot. relig.* quin ex lege noua Juſtiniani ex omni pene cauſa permiſſa retentio eſt: Atquin cauſis iſtis omnibus nimis abſurdè conſtitui pignus dicemus: & verò jus pignoris non tantum retentionem, ſed rei quoque tribuit perſecutionem. Et pignoris adeo jure quid retineri poſſe, diuerſum eſt à jure vero pignoris & hypothecæ. Et in terminis quidem rei venditæ, non poſſe veram eſſe hypothecam, oſtendit, quod venditor pleniſſimo adhuc jure dominus eſt, ita vt rem alteri vendendo, donando & tradendo eum dominum efficiat.

CAPVT XIV.

Diuiſiones pignoris ſiue hypothecæ ab accidentalibus.

1. *Pignus antichreticum.*
2. *Error Interpp. vulgo.*
3. *De diſtinctione antichreſis in expreſſam & tacitam.*
4. *Ad l. 8. in quib. cauſ. pign. tac.*
5. *An in antichreſi expreſſa modus vſurarum legitimus excedi poſſit.*

HActenus diuiſiones hypothecæ & exempla ſpeciesque à cauſa efficiente, itemque à forma, propoſuimus; Conjungamus jam & eas quæ ſunt ab accidenti. Vna eſt, quod alia hypotheca ſit ſimplex, alia priuilegiata, cum jure prælationis, quod priuilegium vel eſt à cauſa, vel à perſona, vel ab vtroque: & facit, vt etiam qui tempore poſterior eſt, contra regulam, priori præferatur. De qua infr. loco proprio & libro IV. agemus. Rurſus alia hypotheca eſt ſimplex, alia pacto variata, cuiusmodi eſt hypotheca antichretica, vt ita loquar, ſeu potius pignus: nam res qua creditor vtitur, in eum quoque transferri ſolet. Atque hoc nimirum pignus eſt, cùm debitor ita rem obligat & transfert in creditorem, vt hic pro vſuris ſibi capiat fructus, & hos cum vſuris compenſet: Ceteroquin ea eſt

natura ſimplicis pignoris, vt fructus creditor in vſuras, & quod ſupereſt, imputet in ſortem. *l.* 1. *C. de diſtract. pign.* Et eſt antichreſis nihil aliud, quam mutuus pignoris vſus pro credito, dum debitor pecunia accepta, creditor contra hypotheca ſiue pignore vtitur, *l. ſi is.* 11. §. 1. *de pi-*
2 *gnoribus.* vbi miſerè lapſi ſunt Bart. & ceteri vulgo, dum pro antichreſi legerunt, antiphonam; & ſuauis eſt Bartolus, dum ibi explicat locum de pignore per miſſionem ex primo decreto conſtitutum, & ait eſſe præparationem quandam, per quam porro perueniatur ad ſecundum, ſicut habemus in pſalmis. Aliquando per tropum pro ipſo pignore vel re pignorata accipitur antichreſis. *l. ſi pecuniam.* 33. *d. pign. act.* Sed propriè loquendo, quod & ipſum verbum denotat, eſt, cum quis *contra* vtitur, & vbi in vſurarum vicem res vtenda datur creditori, vt in *l. ſeruus.* 6. C. *Quod cum eo, &c.* Neoterici antichreſin diſtinguunt in expreſ-
3 ſam & tacitam. Illam dicunt quando expreſsè conuenit, vt fructus pro vſuris percipiantur vt in *d. l.* 6. *l. ſi ea* 14. *& l. ſi ea Lege.* 17. C. *d. vſuris.* Poteſt tamen ita conuenire pluribus modis: & nimirum vel determinatè, vel ſine determinatione. Illud appello, cum pacto placuit, vt non omnes omnino fructus, ſed vſq; ad certam quantitatem percipiantur: veluti vſq; ad ſemiſſes, vel quincunces vſuras: & hoc rurſus dupliciter: vel vt retineantur pro vſuris, de quibus initio conuenit, vel vt pro maioribus, in pœnam moræ, quæ ſpecies eſt *l.* 1. §. *pacto.* 3. *de pignorib.* vbi pactio iſta defenditur exemplo vſurarum, has enim ob moram licet ſtipulari maiores. *d.* §. 3. *in f. l. pecuniæ.* 9. §. 1. *de vſuris.* Indeterminatam antichreſin dico, vbi ſimpliciter conuenit, vt fructus percepti ex pignore compenſentur cum vſuris: quod fieri & ipſum dupliciter poteſt: vel promiſſis vſuris, vt pro ijs percipiantur fructus, tanquam hi tanti ſint æſtimati; vel nullis promiſſis vſuris, vt inuicem earum quæ aliàs promitti debuiſſent fructus percipiantur: Et hæc demum vera & propria eſt antichreſis, per quam creditor interim quaſi fructuarius rei pignoratæ conſtituitur, quo pertinere videtur, *l. legata.* 9. §. 2. *de Supell. leg.* vbi habetur mentio pignoris, cuius vſus eſt apud creditorem, voluntate debitoris. Tacitam antichreſin dicunt, cum ex tacita & præſumta quadam conuentione, & permiſſione debitoris ex pignore ſibi tradito, creditor lucratur fructus, & quidem non ſimpliciter, ſed ad legitimarum vſurarum modum. Speciem hanc antichreſeos videtur primus fortaſſe inter recentiores obſeruaſſe Cuiacius
4 ex *l. cum debitor.* 7. *In quib. cauſ. pign. tac.* Nam ita eum locum explicat 8. *obſ.* 17.

Digitized by Google

8.*obſ.*17. quod ſi quis, cum acciperet pecuniam mutuam ſine vſuris, creditori rem obligauerit pignori & tradiderit, poſſit creditor ad legitimarum vſurarum quantitatem, fructus retinere, quoniam cum creditor nullas ſtipulatus ſit vſuras, videatur debitor rē, quæ fructus fert, pignorando & tradendo, in compenſationem beneficij accepti, tacite permittere, vt creditor fructus lucretur. Traditam rem à debitore eſſe oportet: Ceteroquin ſi quamvis gratuita pecunia accepta, debitor rem hypothecatam retinuerit penes ſe, vtrumque poſtea ceſſante debitore, creditor actione hypothecaria poſſeſſionem apprehenderit, ceſſat deciſio *d.l.*8. & jam dicta ratio, tacitæ nimirum conuentionis præſumptio. Atque ita quidem Cuiacius. Sed communiter Interpp. nullam talem antichreſin nouerunt, & illi vulgo *d.l.8.de tac.hyp.* intelligunt de vſuris pacto promiſſis, quod Hunnius ignorauit, qui Dd. opinionem & diſtinctionem hanc in antichreſin tacitam & expreſſam communem eſſe ait *quæſt.* 37. *ad Tr. de pign.* Et interpretatio communis non caret ratione; & ex aduerſo Cuiacij illa ſententia de antichreſi tacita, non caret ſcrupulo. Et quod ad prius, licet pactum inutile ſit ad agendum, tamen facit, vt per retentionem pignoris vſuras quis conſequi poſſit, *l. per retentionem.* 4. *C. de vſur.* Et vſuras etiam pacto promiſſas indebitas dici docent, *l.*5. §.2. *de ſolution. l. ſi non.* 26. *in pr. de cond. indeb.* eodemq; reſpectu, quo indebitæ dicuntur vſuræ pacto promiſſæ, poteſt dici pecunia gratuita. Equidem non ſolent vſuræ promitti ſine certa quantitate, quæ tamen non videtur expreſſa fuiſſe *in d.l.*8. cum dicantur vſuræ retineri vſq; ad modum legitimum. Sed ſanè vtcunque ſoleat adjici quantitas, poteſt tamen aliquando fieri promiſſio ſine quantitate, præſertim pacto, ex quo actio non datur: aut dicam in ea ſpecie, vſuras ſupra modum fuiſſe promiſſas, & in fraudem legis pignus accepiſſe creditorem vt jure relationis & ex fructibus vſuras illicitas conſequeretur. Et ſane pacta tacita non ſolent induci ſine vtriusque voluntate & conſenſu præſumpto. Atquin cum pecunia gratis vtenda datur & accipitur, ab vtriusq; mente eſt alienum, vt vſuras habeat creditor & fructus pro ijs retineat. Neque ex pignoris traditione hæc conuentio ſuper vſuris colligi poteſt: quoniam pignoris finis hic eſt, vt creditori cautum ſit de ſorte, ne moretur in damno: nec adeo rationi conuenit, vt ad alium finem dationem pignoris torqueamus, vt creditor lucretur fructus pro vſuris. Quin prorſus non ferendum eſt, vt ita circumveniatur miſer debitor, & dum ſe gratuitam

pecuniã putat accepiſſe, grauiſſimis vſuris ſubijciatur, quales ſanè ſunt
centeſimæ, quæ in *d.l.*8. per legitimas intelliguntur; quod alibi pro-
bauimus, & mirum ſane ſit, vt citra conſenſum ſuum his vſuris obſtrin-
gatur debitor qui forte ab alio ſub leuiorib. vſuris pecuniam accipere
potuiſſet. Et rurſus quis ferat creditorem, profeſſum ſe gratuitam da-
re pecuniam, & poſt grauiſſimas vſuras exigentem? reuera enim exi-
git, dum fructus retinet, qui alias in ſortem imputandi fuiſſent. Et cũ
initio pactum hoc de retinendis fructibus pro vſuris, ex Cuiacij ſen-
tentia inducatur, non niſi per homonymiam, quinimo per inſi-
gnem fallaciam pecunia gratuita appellatur. Hæc ſanè in cauſa fue-
runt quo minus in *d.l.*8. veteres tacitam illam antichreſin reperire po-
tuerint, & mouerunt Hottomannum, vt *l. obſeru.*6. addita negatione
legeret, *in d.l.*8. *Cum debitor non gratuita pecunia*, *&c.* Et duriuſcula eſt
explicatio Cuiacij, quod etiam ea pecunia dicatur gratuita, ſuper qua
non expreſsè conuenit, vt vſuræ præſtentur: cum præſertim, vt dixi-
mus neceſſum ſit, ſtatim initio contractus & pignoris dati, fingere
hanc conuentionem, vt fructus pro vſuris retineantur: qua conuen-
tione initio poſita, duriter profectò dicitur, pecuniam eſſe gratuitam.
Quod ſi quis Cuiacij ſententiam defendere velit, non ponendum e-
rit, quod debitor expreſsè rogauerit, aut creditor expreſsè conceſſe-
rit & dederit gratuitam pecuniam, ſed quod ſimpliciter de pecunia
hinc mutuanda, hinc de pignore dando conuenerit: & JCti noſtri
in admittendis vſuris ſolent eſſe faciliores. Et licet legitimæ vſuræ
ſatis ſint graues, tamen cum nulla quantitas à partibus eſſet determi-
nata, alium modum & terminum non potuerunt ſtatuere. Et hacte-
5 nus quod ſuprad. loco notat Cuiacius. Differt tacita & expreſſa an-
tichreſis, quod illa ſeruat modum vſurarum: hæc verò non ſeruat,
& valeat, licet quantitas fructuum excedat modum vſurarum.
Quod tamen non ita ſimpliciter, ſed cum mica ſalis accipiendum
eſt: ceteroquin reperta eſſet fraus, & eluderentur leges ſaluberri-
mæ, quibus modus vſurarum eſt definitus. Sunt ea de re textus in
*l.*14. *&* 17. *C. de vſuris.* quæ docent, pactiones eiuſmodi admitti
propter incertum dubiumque euentum, & prouentum fructuum,
vt licet aliquando fructus excedant modum legitimum, tamen cum
vbertate vnius forte anni, ſterilitas aliorum ſit compenſanda. Et
facit ratio, vt inter prædia ſit diſtinguendum, an ſint vrbana an ru-
ſtica.

Digitized by Google

ſtica. In illis, & ſi quis pro pecunia credita & pro vſuris ædes debitoris inhabitet, non ita facilè præſumemus fraudem ex ratione *l. ſi ea. C. de vſur.* vbi dicitur, cenſeri potius, habitationem vilius conductam, quam contractum illicitum fœnus: cuius rurſus duplex dari poteſt ratio: tum quod longe incertiori mercede prædia vrbana locari ſolent: tum quod multi non raro vno vel altero anno vacuas habent ædes: quod nemo fecerit in prædijs ruſticis. Et in his magis quam in vrbanis, duplex conſideratio poteſt arguere fraudem: vna, ſi forte debitor maiori mercede ordinariè ante hac ſolitus fuerit locare fundum. Altera, eaque præcipua, ſi fundus regulariter majores & ampliores fructus ferat, & qui excedunt quantitatem legitimam vſurarum: veluti, quo exemplo *Balduin. C. 16. de pignor.* vtitur, ſi cum centum aureos mihi mutuo dediſſes, fundum acceperis, qui quotannis ſolebat fructum XX. aureorum reddere. Talis pactio improba erit, nec prætextu incerti proventus poterit excuſari. Atque in hanc ſententiam *Azo. in ſumma. C. de vſur. n. 16.* Inuenio, inquit, (ſcilicet in terminis noſtris) pactum iſtud prætextu maioris percepti emolumenti non poſſe reſcindi: recepit enim in ſe creditor incertum fructuum euentum. Quod tamen poteſt intelligi, cum probabiliter poterat dubitari, vtrum fructus eſſet maior vſurâ an non. Hæc Azo. Et ita quoque *gloſſa in l. ſi ea Lege 17. C. de Vſuris.* Valere notat pactum, quando dubitari poterat, vtrum tantum percipiatur an minus: quia conſueuit, quandoque minus, quandoque tantum accipi: ceterum ſi indubitabile videatur communi opinione, etiamſi aliter poſſit contingere, reſcindantur placita: quod & ibidem *Bald. n. 2.* & *Salicetus in fin.* notant: vt nihil hîc ſit neceſſe confugere ad Donellum, quod facit *Hunnius ad Treutl. quæſt. 38.* Affine antichreſi pactum eſt, vt creditor & pro ſorte & vſuris, & omnino pro integro debito, prædium debitoris poſſideat, (& nimirum ex fructibus ſibi ſatisfaciat) juxta *l. Gaius. 39. de pignorat. act.*

Ca-

ribus, aut vtique cum illis concurrit: (de quo infr. pluribus) Qui autem credidit pecuniam in rem emendam cum pacto pignoris, ille in re tota potior erit. 2. Contingit hic caſus in re aliena pignoris data, vel ei debita qui pignus dabat, vel hypothecæ obligabat, quod & Donellus notat *Tract. de pign. cap. De his qui potiores. ſub fin.* Etenim ſuperuenientia dominij, quæ confirmat pignus, facit, vt potior ſit, qui rem vt maximè adhuc alienam accepit pignori: niſi poſterioris pecunia fuerit comparata & hypothecę expreſsè obligata. Quia ſi quis rem emerit, & ante conditionē pignori obligauerit, mox pecuniam à Titio acceptam ſub hypotheca tradiderit venditori, Titius poſterior licet, potior erit.
4 Cum non habeat porro hypothecam, qui ad rem emendam credidit, multo minus habebit, cuius pecunia ſimpliciter fuit res empta. Idque controuerſiam non habet, & eſt ita jus regulare: ſed excipitur pupillus, cuius pecunia ſi res empta ſit, tacitè ipſi eſt obligata *l. Idemq; 7. in pr. Qui potior. l. pen. C. de ſeru. pign. dato. l. ſed ſi. 3. in pr. de rebus, eor. qui ſub tut.* quæ loca probant hanc hypothecam deſcendere ex conſtitutione Impp. Fit in *d. l. pen.* mentio tutoris, verum non eius qui emit, ſed qui ſeruos ex pecunia pupillari emtos, manu miſit, ſcil. emtos à quocunq;: & textus non habent deſtinctionem, an res, pupilli pecuniâ, à tutore an alio ſit emta. Quin videatur poti⁹ jus iſtud pertinere ad res emtas ab alio, quá à tutore: quoniam non facile niſi in caſu neceſſitatis leges inducunt tacitam hypothecam: vbi autem tutor pecunia pupilli rem emit, ſatis alias pupillo conſultum eſt per vtilem vindicationem *l. 2. quand. ex fact. tut.* vnde exiſtit alia ratio, quod res ei qui dominus eſt, oppignorata eſſe nō poteſt *l. neq; 45. de R. I.* quamuis hic reſponderi poſſit, quod actio vtilis huiusmodi non tam vero jure dominij, quam ex æquitate ferè accommodetur, vt in ſpecie. *l. ſi vt. 8. C. de rei vindicat. l. 1. C. de donation. quæ ſub modo. l. vxor. 55. in fin. de donat. coniug.* N. 61. *cap.* 1. §. 1. *l. in rebus* 20. C. *de jur. dot.* & præterea dominium aliquod poteſt conuenire cum hypotheca, vt tractabimus inf. vbi de Rebus. Illud tandem addo, quod hypothecaria aliquando, vindicatione in ſpecie dicta, vtilior eſſe poteſt: quia per adquiſitionem dominij jus pignoris non tollitur. *l. 1. §. 1. de pignor.* de quo *infr. lib.* 3. vbi de ſeruiana actione: vt vel hac de cauſa pupillo hypotheca in re quam ipſius pecunia tutor emit, neganda non videatur. Interpp. putant in arbitrio eſſe pupilli, hoc caſu an eam tantum ſibi hypothecę obligatam, an adquiſitam jure dominij eſſe velit, ita vt prout hoc vel illud elegerit, ita illū aut hypothecaria actione,

aut

aut in rem vtili agere poſſe: ſed vbi empta à tertio eſt, tantum hypothecariæ locum eſſe. Quod poſterius rectum eſt; neq; admittendum, quod cum alijs videtur probare *Neguz. part. 5. memb. 1. n. 59.* quod & iſto caſu ab initio quidem tantum pupillus habeat hypothecã, ſed ſi forte emptor incipiat non eſſe ſoluendo, tunc ei quoq; competere vtilem actionem tanquam domino, ſi forte per hypothecariam actionem ob concurſum aliorum creditorum ipſi non ſit ſatis conſultũ. Prorſus Leges hypothecam tantũ tribuunt, neq; noſtrum eſt extra eas in incerto vagari: & quod Juſt. in *l. 30. C. de jur. dot.* fauore ſpeciali, mulieri etiam vtilem actionem dedit, ad alios caſus temerè non eſt trahendum. Pri⁹ illud vbi res à tutore emta eſt, de electione pupilli, juxta ea quæ refert ex Dd. *Neguz. p. 2. memb. 4. n. 158. & 136.* inſubtilius paulo videtur, nec in pupilli perſona quà talis, poteſt habere locum. Hanc hypothecam, in re ex pecunia alicuius empta, etiam militi tribuunt Interpp. Salicetus in *l. licet. 7. C. Qui potiores. Neguzant. p. 2. memb. 4. n. 164. poſt gloſſ. in l. quamuis. C. de pignoribus.* quæ ad hoc adducit. *l. ſi vt proponis. 5. 8. C. de rei vind.* vbi vtilis actio in rem militi datur: quæ licet & plus cõtinere videatur, quam hypothecaria actio, ego tamẽ in huiusmodi caſibus introducti juris ſingularis non facile admiſerim huiusmodi illationem, ſed omnino ſubſiſtendum in eo putauerim, quod textus definiunt: neque vero dubium eſt, quin in *d. l. 8.* per vtilem vindicationem nõ actio hypothecaria, ſed in ſpecie dicta vindicatio intelligatur: quod & Rubrica confirmat. Connexa quæſtio eſt, de militijs emptis ex pecunia credita, quæ juxtra *l. vlt. C. de pignorib.* videntur nexæ pignori, ſiquidem Juſtin. creditoribus tribuit actionem contra hos qui militias poſſident, qui coguntur pecuniã ſoluere, aut vtiq; tantũ, quanti militiꝫ iſtæ vendi poſſunt. Et loquitur tantum Juſtin ibi de argentarijs, metaxarijs (quod verbum ibi explicat Goth. ex *Cuiac. in l. 10. C. de mun. leg. lib. XI.*) & alijs negotiatorib. qui ex pecunia accepta militiã emerunt, licet in hoc expreſſim credita non fuerit pecunia: quod tamen mutatum videtur per *Auth. ſubiectam ex N. 97. c. 4.* vbi videtur requiri conuentio, & vt ſit credita pecunia ad militiam emendã, ibi *qui in has crediderint cauſas*, ſed & generaliter ibi diſponitur, quod in *d. l. vlt. C. de pign.* tantum de negotiatoribus ſancitur. Cuiacius ad *N. 136.* exiſtimat per *d. l. vlt.* ipſas militias fuiſſe ab argentarijs & alijs negotiatoribus oppignoratas. Quod tamen haud ſcio, an ſatis ſit ad mentem Juſtiniani, in *dict. l. vlt.* qui potius hoc videtur adieciſſe, vt præter hypothecas, quas nego-

Digitized by Google

negotiatores illi dare ſolebant, militia quoque empta ex pecunia, tacitè eſſet obligata. Sed in re obſcura liquidi quidquam vix adfirmari poteſt.

Capvt XIII.

Aliæ quædam hypothecæ tacitæ ſpeciales.

1. *De hypotheca fideicommiſſarij.*
2. *Hypotheca in redemto ab hoſtibus.*
3. *Hypotheca liberorum in lucris nuptialibus.*
4. *Ad l. 5. §. vlt. de tac. hypoth.*
5. *Singularis ſpecies ex l. vlt. eod.*
6. *De hypotheca acceſſionum.*
7. *An res vendita ſit obligata venditori?*

Iustinianvs in *l.1. C. com. de legat.* cum dediſſet legatarijs in bonis omnibus teſtatoris tacitam hypothecam, mox *ſub fin. in vers. & hæc.* ſi quid legatarius alteri reſtituere juſſus eſt, in ea ipſa re dat fideicommiſſario hypothecam. Putat quin Bartolus, quod fideicommiſſarius, ſi probat intereſſe ſua, vt ab ipſo herede accipiat fideicommiſſum, vigore iſtius hypothecæ contra hæredem etiam ſine ceſſione agere poſſit: prout eum refert & ſequitur *Neguzant. p.2. memb.3. n.29.* Sed nos eam ſententiam eſſe falſam probabimus, *infr. De Rebus. lib. ſeq.* vbi de hypotheca nominis. Item tacitam hypothecam habet quiſque in eo,
2 quem ab hoſtibus redemit ſua pecunia. Seruus ab hoſtibus redemtus, ſtatim fit redimentis, ſed quem liceat priſtino domino offerenti pretium ſiue lytron, luere *l. in bello. 12. §. ſi quis. 7. de captiu.* Qui hominem liberum redemit, interim dum offeratur pecunia, in eo hypothecam habet, vt probatur. *l. 2. & l. præſer. 8. l. liber. 17. C. de his qui poſtlim. l. ſi pater. 15. D. eod. l. ſenatus. 43. §. vlt. de legat. 1. l. qui teſtamento. 20. §. 1. de te-*
3 *ſtament.* & dicemus quoq; infra *De Rebus.* Huc etiam referenda eſt hypotheca, quam habent liberi in ipſis lucris nuptialibus, quæ à patre defuncto ad matrem peruenerunt, quæ nubit iterū *l. hac Edict. 6. §. omnibus. C. de ſec. nupt.* Accurſius equidem eum locum ita accipit quod pro illis facultatibus maritalibus res matris ſint obligatæ. Sed enim ea explicatio, vt poſt alios monet Salicetus, violat literam; quæ vult, quod & res vxoris pro bonis adfectis, & res ipſæ adfectæ ſint obligatæ liberis: &

ris: & ad illam obiectionem, quod res propria non poſſit eſſe hypothecata, jam ſupra reſpondimus in quæſt. de re ex pecunia pupilli empta, & plura dicemus infr. *De rebus*, an res proria poſſit domino ipſi pignori eſſe nexa? Referunt huc etiam quidam ſpeciem *l. Pomponius. 5. §. vlt in quib. cauſ. pign. tac.* videlicet ſi quis fideiubeat pro eo, qui jam ante rem eius alteri pignori dederat, cum id fideiuſſor ſciret: tacitè enim hoc ipſo rem obligare quaſi de nouo videtur. Et tamen videri potius poſſit, hæc non tam eſſe noua obligatio pignoris, quam veteris à debitore factæ tacita quædam approbatio & ratihabitio: Sicuti conſtat, obligationem rei alienę poſtea à domino ratam haberi poſſe. Plane juxta prius illud hæc hypotheca fuerit tacita non legalis, ſed conuentionalis: Sicut & quæ ex pacto de vendendo (quia ſine jure pignoris iſtud non liceret) inducitur in ſpecie, *l. 3. §. vlt. Qui potior.* quem locum infr. *libr. 3. cap. 2.* vbi de indiuiduitate pignoris, explicabimus. Qualis & illa fuerit, quæ inducitur ex pacto de ingrediendo propria autoritatate, quod ex Dd. tradit *Neguzant. p. 3. mem. 1. n. 4.* Itemque quod ſi conductor pro mercede quaſdam res obligauit, & finito tempore maneat in conductione: pignora quoq; tacitè repetita cenſentur *l. item. 13. §. Qui implet. 11. Locati.* 4

Huc itidem pertinet ſingularis hypothecæ tacitæ ſpecies, quam proponit *Neguz. p. 2. memb. 4. n. 164. caſu 21.* ex *l. vlt. In quib. cauſ. pign. tac.* Et Bartolus ibi hoc ſummarium adſcripſit: quod per obligationem ex cauſa transactionis, videatur hoc tacitè actum, vt res veniret in obligationem primæuam, ſi transactioni altera pars non ſtet, quod & ibidem refert, & non obſcurè probat Salicetus. Intelligit Bartolus obligatam rem in cauſam, & pro obſeruatione transactionis, ita vt ſi poſt non velit ſeruare transactionem qui rem obligauit, non extinguatur hypotheca, (ita enim hoc explicandum eſt) ſed ex cauſa primæ obligationis, ſuper qua (ſcilicet non facta nouatione) transactio facta eſt, alter rem obligatam perſequi poſſit, quod notabile eſt & ſingulare. Species facti, *d. l. vlt.* hæc eſt. Tutoris hæres conuentus tutelæ, ob adminiſtrationem à defuncto geſtatæ ab hærede pupilli (idem autem foret, ſi ipſe egiſſet, qui pupillus fuerat, vel durante adhuc pupillari ætate alij eius tutores) cum eo tranſegit, & pro obſeruatione tranſactionis, fundum ſuum proprium obligauit. Poſtea, (ita enim ponendum eſt) heres tutoris à transactione diſceſſit, quæritur, an illud pignus ex noua transactionis cauſa obligatum, exprriret? Ratio dibitandi eſt, 5

H quoniam

quoniam ipſa transactio, ob quam pignus obligatum erat, diſſoluta videbatur. Sed contrarium reſpondetur, quoniam in veterem contractum cenſeatur obligata eſſe hypotheca: cuius porro hæc ratio eſt, quod cum ex veteri & nimirum ex quaſi contractu adminiſtrationis tutelæ conuentus eſſet heres, & ex ea cauſa, ob rem à defuncto malè geſtam heredi pupilli ſatisfacere teneretur (& hic enim intelligitur vetus contractus) etiam in hanc ipſam cauſam rem obligaſſe cenſetur. Itaque rectè Bartolus improbat Accurſium, qui cenſet hoc tantum obligationem fundi operari, vt ab herede pupilli retineri poſſit. Etenim cum res quam tutor obligauit, procul dubio & veri pignoris jure teneatur, JCtus vult easdem jure eſſe rem quam obligauit heres tutoris, quo eſſet, ſi in veterem contractum fuiſſet obligata. Ex quo intelligitur, fruſtra ab A. Fabro, quem ſuprà confutauimus, adduci hanc *l. vlt.* ad probandum, quod jure Dig. res tutoris pupillis obligatę tacitè non fuerint: Etenim non agitur hic de tutoris bonis, ſed heredis eius: & ſpeciale pignus accedere generali non inutiliter poteſt, cum & dubitari poſſit, an priuilegium ſiue hypotheca quam pupillus habet, tranſeat ad ipſius heredes (de quibus in *d. l. vlt.*) per *l. ex pluribus. 42. de adminiſtr. tut.* Refero & huc hypothecam tacitam, quam ex multorum ſententia legatarius habet in re ipſa legata, de quo v. *ſup. c. 10. & infr. libr. 2.*

6 *c. 14.* Denique ſub ſpecies tacitæ hypothecæ, etiam referenda videtur, quæ conſiſtit in rei obligatæ acceſſionibus. Conſtat enim eſſe nexas pignori & tamen etiam conſtat, quod expreſſim obligatæ pignori non ſint. Sed enim principali re obligata, hoc ipſum tacitè per conſequentiam agi videatur, vt quæ rebus ipſis obligatis accedunt, jure teneantur eodem. Idq; eſt quod traditur in *l. 3. C. In quib. cauſ. pign. tac.* ſi prædium pignori ſit obligatum, fructus quoque licet de his nihil expreſsè actum ſit, credi tamen tacita pactione ineſſe. Id tantum obiter hîc adſpergendum fuit: Ceterquin de pignore iſto acceſſionum plenius infr.

7 *lib. 2. vbi de Rebus.* agemus. Ab aliquibus inter ſpecies hypothecæ tacitæ refertur, quā habeat venditor in re vendita, donec ab emptore pretium ſoluatur. Probare id conantur ex *l. Iulianus. 13. §. offerri 8. de act. empt. l. hereditate. 22. de hered. vend. l. quod ſi. 31. §. Idem. de Edicto adit.* ſed falluntur. Equidem verum eſt, quod poſſit venditor eouſque rem retinere, quaſi pignoris jure, dum pretium numeretur. Sed id inducendæ hypothecæ veræ non ſufficit, aut nimium quam multæ pignoris taciti ſpecies admittendæ eſſent. Hoc enim modo & res commo-

modata jure quodam pignoris retineri dicitur. *l. creditoris. 15. §. 1. de fur.* item dos, *l. dote. 5. de dot. relig.* quin ex lege noua Juſtiniani ex omni pene cauſà permiſſa retentio eſt: Atquin cauſis iſtis omnibus nimis abſurdè conſtitui pignus dicemus: & verò jus pignoris non tantum retentionem, ſed rei quoque tribuit perſecutionem. Et pignoris adeo jure quid retineri poſſe, diuerſum eſt à jure vero pignoris & hypothecæ. Et in terminis quidem rei venditæ, non poſſe veram eſſe hypothecam, oſtendit, quod venditor pleniſſimo adhuc jure dominus eſt, ita vt rem alteri vendendo, donando & tradendo eum dominum efficiat.

CAPVT XIV.

Diuiſiones pignoris ſiue hypothecæ ab accidentalibus.

1. *Pignus antichreticum.*
2. *Error Interpp. vulgo.*
3. *De diſtinctione antichreſis in expreſſam & tacitam.*
4. *Ad l. 8. in quib. cauſ. pign. tac.*
5. *An in antichreſi expreſſa modus vſurarum legitimus excedi poſſit.*

HActenus diuiſiones hypothecæ & exempla ſpeciesque à cauſa efficiente, itemque à forma, propoſuimus; Conjungamus jam & eas quæ ſunt ab accidenti. Vna eſt, quod alia hypotheca ſit ſimplex, alia priuilegiata, cum jure prælationis, quod priuilegium vel eſt à cauſa, vel à perſona, vel ab vtroque: & facit, vt etiam qui tempore poſterior eſt, contra regulam, priori præferatur. De qua infr. loco proprio & libro IV. agemus. Rurſus alia hypotheca eſt ſimplex, alia pacto variata, cuiuſmodi eſt hypotheca antichretica, vt ita loquar, ſeu potius pignus: nam res qua creditor vtitur, in eum quoque transferri ſolet. Atque hoc nimirum pignus eſt, cùm debitor ita rem obligat & transfert in creditorem, vt hic pro vſuris ſibi capiat fructus, & hos cum vſuris compenſet: Ceteroquin ea eſt

Digitized by Google

natura ſimplicis pignoris, vt fructus creditor in vſuras, & quod ſupereſt, imputet in ſortem. *l. 1. C. de diſtract. pign.* Et eſt antichreſis nihil aliud, quam mutuus pignoris vſus pro credito, dum debitor pecunia accepta, creditor contra hypotheca ſiue pignore vtitur, *l. ſi is. 11. §. 1. de pi-*
2 *gnoribus.* vbi miſerè lapſi ſunt Bart. & ceteri vulgo, dum pro antichreſi legerunt, antiphonam: & ſuauis eſt Bartolus, dum ibi explicat locum de pignore per miſſionem ex primo decreto conſtitutum, & ait eſſe præparationem quandam, per quam porro perueniatur ad ſecundum, ſicut habemus in pſalmis. Aliquando per tropum pro ipſo pignore vel re pignorata accipitur antichreſis. *l. ſi pecuniam. 33. d. pign. act.* Sed propriè loquendo, quod & ipſum verbum denotat, eſt, cum quis *contra* vtitur, & vbi in vſurarum vicem res vtenda datur creditori, vt in *l. ſeruus. 6. C. Quod cum eo, &c.* Neoterici antichreſin diſtinguunt in expreſ-
3 ſam & tacitam. Illam dicunt quando expreſsè conuenit, vt fructus pro vſuris percipiantur vt in *d. l. 6. l. ſi ea 14. & l. ſi ea Lege. 17. C. d. vſuris.* Poteſt tamen ita conuenire pluribus modis: & nimirum vel determinatè, vel ſine determinatione. Illud appello, cum pacto placuit, vt non omnes omnino fructus, ſed vſq; ad certam quantitatem percipiantur: veluti vſq; ad ſemiſſes, vel quincunces vſuras: & hoc rurſus dupliciter: vel vt retineantur pro vſuris, de quibus initio conuenit, vel vt pro maioribus, in pœnam moræ, quæ ſpecies eſt *l. 1. §. pacto. 3. de pignorib.* vbi pactio iſta defenditur exemplo vſurarum, has enim ob moram licet ſtipulari maiores. *d. §. 3. in f. l. pecuniæ. 9. §. 1. de vſuris.* Indeterminatam antichreſin dico, vbi ſimpliciter conuenit, vt fructus percepti ex pignore compenſentur cum vſuris: quod fieri & ipſum dupliciter poteſt: vel promiſſis vſuris, vt pro iis percipiantur fructus, tanquam hi tanti ſint æſtimati; vel nullis promiſſis vſuris, vt inuicem earum quæ aliàs promitti debuiſſent fructus percipiantur: Et hæc demum vera & propria eſt antichreſis, per quam creditor interim quaſi fructuarius rei pignoratæ conſtituitur, quo pertinere videtur, *l. legata. 9. §. 2. de Supell. leg.* vbi habetur mentio pignoris, cuius vſus eſt apud creditorem, voluntate debitoris. Tacitam antichreſin dicunt, cum ex tacita & præſumta quadam conuentione, & permiſſione debitoris ex pignore ſibi tradito, creditor lucratur fructus, & quidem non ſimpliciter, ſed ad legitimarum vſurarum modum. Speciem hanc antichreſeos videtur primus fortaſſe inter recentiores obſeruaſſe Cuiacius
4 ex *l. cum debitor. 7. In quib. cauſ. pign. tac.* Nam ita eum locum explicat

8. *obſ.* 17.

8.*obſ.*17. quod ſi quis, cum acciperet pecuniam mutuam ſine vſuris, creditori rem obligauerit pignori & tradiderit, poſſit creditor ad legitimarum vſurarum quantitatem, fructus retinere, quoniam cum creditor nullas ſtipulatus ſit vſuras, videatur debitor rē, quæ fructus fert, pignorando & tradendo, in compenſationem beneficij accepti, tacite permittere, vt creditor fructus lucretur. Traditam rem à debitore eſſe oportet: Ceteroquin ſi quamvis gratuita pecunia accepta, debitor rem hypothecatam retinuerit penes ſe, vtrumque poſtea ceſſante debitore, creditor actione hypothecaria poſſeſſionem apprehenderit, ceſſat deciſio *d.l.*8. & jam dicta ratio, tacitæ nimirum conuentionis præſumptio. Atque ita quidem Cuiacius. Sed communiter Interpp. nullam talem antichreſin nōuerunt, & illi vulgo *d.l.*8.*de tac.hyp.* intelligunt de vſuris pacto promiſſis, quod Hunnius ignorauit, qui Dd. opinionem & diſtinctionem hanc in antichreſin tacitam & expreſſam communem eſſe ait *quæſt.* 37. *ad Tr. de pign.* Et interpretatio communis non caret ratione; & ex aduerſo Cuiacij illa ſententia de antichreſi tacita, non caret ſcrupulo. Et quod ad prius, licet pactum inutile ſit ad agendum, tamen facit, vt per retentionem pignoris vſuras quis conſequi poſſit, *l. per retentionem.* 4. *C. de vſur.* Et vſuras etiam pacto promiſſas indebitas dici docent, *l.*5. §.2. *de ſolution. l. ſi non.* 26. *in pr. de cond. indeb.* eodemq; reſpectu, quo indebitæ dicuntur vſuræ pacto promiſſæ, poteſt dici pecunia gratuita. Equidem non ſolent vſuræ promitti ſine certa quantitate, quæ tamen non videtur expreſſa fuiſſe *in d.l.*8. cum dicantur vſuræ retineri vſq; ad modum legitimum. Sed ſanè vtcunque ſoleat adjici quantitas, poteſt tamen aliquando fieri promiſſio ſine quantitate, præſertim pacto, ex quo actio non datur: aut dicam in ea ſpecie, vſuras ſupra modum fuiſſe promiſſas, & in fraudem legis pignus accepiſſe creditorem vt jure relationis & ex fructibus vſuras illicitas conſequeretur. Et ſane pacta tacita non ſolent induci ſine vtriusque voluntate & conſenſu præſumpto. Atquin cum pecunia gratis vtenda datur & accipitur, ab vtriusq; mente eſt alienum, vt vſuras habeat creditor & fructus pro ijs retineat. Neque ex pignoris traditione hæc conuentio ſuper vſuris colligi poteſt: quoniam pignoris finis hic eſt, vt creditori cautum ſit de ſorte, ne moretur in damno: nec adeo rationi conuenit, vt ad alium finem dationem pignoris torqueamus, vt creditor lucretur fructus pro vſuris. Quin prorſus non ferendum eſt, vt ita circumveniatur miſer debitor, & dum ſe gratuitam

H 3 pe-

Digitized by Google

ſtica. In illis, & ſi quis pro pecunia credita & pro vſuris ædes debitoris inhabitet, non ita facilè præſumemus fraudem ex ratione *l. ſi ea. C. de vſur.* vbi dicitur, cenſeri potius, habitationem vilius conductam, quam contractum illicitum fœnus: cuius rurſus duplex dari poteſt ratio: tum quod longe incertiori mercede prædia vrbana locari ſolent: tum quod multi non raro vno vel altero anno vacuas habent ædes: quod nemo fecerit in prædijs ruſticis. Et in his magis quam in vrbanis, duplex conſideratio poteſt arguere fraudem: vna, ſi forte debitor maiori mercede ordinariè ante hac ſolitus fuerit locare fundum. Altera, eaque præcipua, ſi fundus regulariter majores & ampliores fructus ferat, & qui excedunt quantitatem legitimam vſurarum: veluti, quo exemplo *Balduin. C. 16. de pignor.* vtitur, ſi cum centum aureos mihi mutuo dediſſes, fundum acceperis, qui quotannis ſolebat fructum XX. aureorum reddere. Talis pactio improba erit, nec prætextu incerti proventus poterit excuſari. Atque in hanc ſententiam *Azo. in ſumma. C. de vſur. n. 16.* Inuenio, inquit, (ſcilicet in terminis noſtris) pactum iſtud prætextu maioris percepti emolumenti non poſſe reſcindi: recepit enim in ſe creditor incertum fructuum euentum. Quod tamen poteſt intelligi, cum probabiliter poterat dubitari, vtrum fructus eſſet maior vſurâ an non. Hæc Azo. Et ita quoque *gloſſa in l. ſi ea Lege* 17. *C. de Vſuris.* Valere notat pactum, quando dubitari poterat, vtrum tantum percipiatur an minus: quia conſueuit, quandoque minus, quandoque tantum accipi: ceterum ſi indubitabile videatur communi opinione, etiamſi aliter poſſit contingere, reſcindantur placita: quod & ibidem *Bald. n. 2.* & *Salicetus in fin.* notant: vt nihil hîc ſit neceſſe confugere ad Donellum, quod facit *Hunnius ad Treutl. quæſt. 38.* Affine antichreſi pactum eſt, vt creditor & pro ſorte & vſuris, & omnino pro integro debito, prædium debitoris poſſideat, (& nimirum ex fructibus ſibi ſatisfaciat) juxta *l. Gaius. 39. de pignorat. act.*

CA-

Capvt XV.

Alia pignoris diſtinctio & de pacto commiſſorio.

1. *De pignore fiducia, & pacto commiſſorio.*
2. *Turpis error A. Fabri.*
3. *De pacto commiſſorio ſimplici pignori adiecto.*
4. *Alius fœdus error Fabri.*
5. *Pactio commiſſoria olim licita.*
6. *Cur pactio commiſſoria improbetur.*

Non prætermittenda eſt iſta diſtinctio ad explicationem juris veteris, quod aliud eſt pignus ſimpliciter ita dictum: aliud quod in ſpecie Fiducia dicitur. Nomen iſtud à pactione ſpeciali natum eſt. Eius veſtigium vix vllum in corpore juris noſtri: Extat mentio apud *Paulum*. 3. *ſent. tit.* 6. §. *rem legatam*. qui & quaſi ex profeſſo de ea re tractat. 2. *ſent.* 13. vbi Cuiacius ex *Iſidoro* 5. *Etym.* 25. & *Boetio in Topicis Ciceronis*, fiduciam definit, pignus, quod creditori mancipatur aut in jure ceditur: atque ita dominium in creditorem transfertur, ſed hac lege & pactione, vt ad diem ſoluta pecunia remancipetur debitor: quo ipſo ſimul hoc actum intelligitur, vt ſi pecunia ſoluta non ſit, pleno jure committatur, & irreuocabiliter adquiratur creditori: ex qua conuentione propriam fiduciæ actionem natam fuiſſe, eamque notante Cuiacio famoſam, idem Paulus 2. *ſent.* 13. oſtendit. Et hinc nimirum fiduciæ appellatio, quod res non abſolutè mancipabatur creditori, ſed hac lege & per pactum fide eius obſtricta, vt ſoluta pecunia rem datam reſtitueret, quomodo inter patrem naturalem & imaginarium, circa emancipationem filij, fiducia contrahi dicebatur, cum ſub mancipatione tertia pactum adijciebatur, de filio remancipando, vt ita nō à patre imaginario, ſed à naturali filius tertio manumitteretur: ex quo & pater ille immaginarius fiduciarius appellabatur, vt docet *Gaius* 1. *Inſtit.* 6. §. 3. Idem pactum pignori hoc modo adiectum, puto fuiſſe appellatum commiſſorium: quoniam, vt dixi, faciebat: vt pecunia ad diem non ſoluta res quaſi caderet in commiſſum, & creditoris perpetuo jure fieret, ademta debitoris ſpe & facultate luendi poſt diem elapſum:

pſum: Quod enim in caſum ſolutæ pecuniæ ex pacto erat reſtituendum, id vi eiusdem pacti in contrarium caſum pecuniæ non ſolutæ, perpetuo jure manebat apud creditorem, & ita in editionibus Pauli tit. 13. præſcriptus eſt hic tit. *de Lege commiſſoria*. Et poteſt dici, quod iſte ſit effectus generalis & communis pacti commiſſorij, vt faciat rem alteri committi, & vt abeat omnino ab eo cuius antea fuit, quod in vectigalibus, & in lege commiſſoria in venditionibus apparet. Et licet res ab initio ex natura huius pignoris fiat in dominio creditoris, tamen quoniam id dominium adhuc reuocabile eſt, fit, vt non ſoluta demum ad diem pecunia, dicatur res committi creditori, poſtquam jam facultas luendi eſt adempta debitori. Ex quo apparet quam grauiter & ineptè labatur Ant. Fab. qui *decade* 21. *cer*. 1. plane contrariam putat eſſe rationem pacti commiſſorij in pignoribus & in venditionibus, & rurſus ineptè & falsò ſcribit, quod non fuerit neceſſaria pactio commiſſoria pro creditore, quoniam jam in eum dominium erat translatum. Etenim illud dominium ob pactum fiduciç erat tantum temporarium, & quod ſoluta ad diem pecunia debitor ad ſe poterat reuocare: ſed pactum commiſſorium adiunctum & pactionis fiduciæ implicatum faciebat, vt perpetuo jure res fieret creditoris. Et longe adhuc turpius & grauius labitur, & prorſus falſum & abſurdum eſt, quod ſæpius ibidem ſcribit, pactionem commiſſoriam adiectam fuiſſe fauore debitoris, & pactionis eius poteſtatem hanc fuiſſe, vt res debitori reſtitueretur: nec animaduertit, duplicem hîc fuiſſe pactionẽ: alteram fiduciæ, qua hoc conſequebatur debitor, vt ſoluta pecunia res redderetur: alteram verò ſiue expreſſam, ſiue quæ tacitè inerat, commiſſoriam, qua hoc efficiebatur, vt res fieret pleno jure creditoris, non ſoluta ad diem pecunia. Qua in re non decebat, cenſorem ita ſuperciliosum tam turpiter offendere: multo minus decebat eum tam ſuperbè inſultare Doctoribus veteribus, quibus ignoſcendum erat, ſi ignorauerunt naturam pacti commiſſorij in contractu fiduciæ, & quam Pauli ſententiæ primum in lucem erutę nos docuerunt. Et prorſus ineptum eſt, contra Doctores agentes de diuerſa ſpecie pacti, diſputare ex natura pacti & contractus diuerſi, de quo *Paulus* 2. *ſent*. 13. tractat. Sed nec porrò erat, quod ita rideret Doctores, quibus maior rerum quam verborum cura fuit, ſi aliquando paulo inſubtilius pactum legis commiſſorię dixerunt, aut pignus obligatum: neque enim ignorauerunt, Legem hîc non ſanctionem ſed pactionem ſignificare, & quod ipſa appellatio pi-

 gno-

gnoris ſimplicem conuentionem & obligationem. Quin nec JCtos noſtros ſemper ita accuratè locutos eſſe reperias: & hypotheca & pignus obligatum dicitur in *l. grege* 13. §. *pen.* & *in l. ſi fundus.* 16. §. *pen. de pign.* & quod adhuc mirius videatur, pignoris obligationem obligari in *l. cred.* 23. §. 1. *eod. tit.* Illa autem inſignis eiusdem Fabri impudentia & calumnia eſt, quod obijcit Hottom. ab eo Legem commiſſoriam relatam eſſe inter LL. pop. Romani: cum non ignoraret, certè non deberet, ab iniuria hac, primum à Cuiacio illata, Hottomannum ſeſe egregiè vindicaſſe.

Atque iſta de Lege ſeu pactione cõmiſſoria, quam 2. *ſent.* 13. proponit Paulus, quæ pignori quod in ſpecie Fiducia dicebatur, adjiciebatur. Poteſt autem & potuit, nihilominus iſta pactio & ei pignori adjici, quod pignus eſt ſimpliciter, & cuius dominium apud debitorem manet. Qua ſignificatione Dd. de pacto iſto commiſſorio diſputant. Itaque pactum hoc duplex ſtatuendum eſt: alterum per quod dominium jam per mancipationem aut in jure ceſſionem creditori, ſed ſub facultate luendi, quæſitum perpetuo, ſublatâ ea facultate eius maneat: alterum, quo dominium quod penes debitorem manſit, de nouo adquiratur creditori, vbi ſcil. quis citra mancipationem rem ſimpliciter ita pignori dedit, vt non ſoluta pecunia creditoris fiat. Sed quoniam jure noſtro dominium ſine titulo & cauſa non tranſit, duplex hic titulus ocurrit, venditionis aut dationis in ſolutum: vt nimirum non ſoluta pecunia, res maneat penes creditorem, quaſi hic tanto pretio eam emiſſet, aut pro pecunia data in ſolutũ accepiſſet: Et meras nugas fundit, *Faber* 23. *dec cer.* 3. dum negat titulum in ſolutum dationis, locum habere poſſe: Sed illud longè nugaciſſimum eſt, quod ſcribit, hanc pactionem, vt ad diem non ſoluta pecunia, res ſit empta aut in ſolutũ data creditori, implicare contradictionem, idq; identidẽ repetit & inculcat, & hac ratione probare nititur, quod fieri nequeat, vt eadem pecunia & pignoris cauſam inducat, & pretium faciat emtionis: vel vt in eundem caſum & idem tempus, & pignus contractum & venditio facta intelligatur. Mirum verò hominis ingenium. Agnoſcit, in pacto commiſſorio, de quo paulò antè diximus, veteri illo ſcilicet diſplicuiſſe hoc & iniquum fuiſſe viſum, vt debitor re ſua pignorata pro minori longè ſæpe pecunia careret, cum creditores improbi fiducias longè maioris pretij curarent ſibi mancipari, nec vult animaduertere eandem rationem improbitatis & iniquitatis militare in iſto

in iſto commiſſorio pacto, de quo agunt Doctores: & improbo ſtudio inſectandi priſcos Interpretes, dum hoc agit, vt ſolus ſapere videatur, ſeſe imo ineptijs ſuis, paulo doctioribus deridendum propina. Et primò inſubtiliter dicitur, quod pecunia mutuo data inducat pignoris cauſam: niſi quatenus cauſa eſt, vt pignus detur: ceteroquin pignus à contractu principali eſt ſeparatum prorſus: & hoc iſto commiſſorio pacto tantum efficitur, vt pecunia quæ mutuo data fuit, jam penes debitorem ex nouo titulo empti, & loco pretij eſſe incipiat: ſicut ex aduerſo ex parte creditoris, quæ ante pignorata res erat, jam, & ſcilcet non ſoluta pecunia, apud eum ex cauſa venditionis & emptionis eſſe incipit. Et prorſus falſum eſt, quod in idem tempus & venditio & contractus pignoris conferatur: Sed ab initio ſolum eſt pignus, & ſoluta pecunia pignus manet. Sed pecunia non ſoluta, virtute conuentionis ex noua cauſa incipit eſſe penes creditorem, qui hoc ipſo creditor ex mutui cauſa eſſe deſinit: & cònſequenter hoc modo omnis contradictionis ſpecies tollitur. Alter enim contractus ſimpliciter initur, alterius exiſtentia ſub die aut conditione differtur aut ſuſpenditur: qua ratione qui contradictionem implicari dixerit, plusquam fuerit helleboroſus. Atque ita in ſpecie *l. quod ſi. 10. de reb. cred.* mutuum & depoſitum: *in l. cum venderem. 21. Locati.* venditio & locatio citra vllam contradictionem complicantur & coniunguntur. Et prorſus fatendum eſt, pactionis commiſſoriæ in pignoribus, de qua in jure noſtro agitur, improbatæ hanc eſſe rationem, quæ vt olim improbaretur in fiduciæ pignore ea pactio efficiebat; non quod contradictio implicaretur: ſed quod debitor miſer, cum inſigni iniuria & damno rei familiaris, pro longe forte minori ſumma, rem maioris pretij amittebat: quod euidentiſſimè probat *l. vlt. Cod. de pact. pign.* vbi hæc, quam diximus, intelligitur Legis commiſſoriæ aſperitas, & diſponitur, vt debitores ſoluta pecunia recuperent, quod vi pactionis commiſſoriæ amiſerunt. Et hic illud quoque conſiderandum eſt, quod Imperio in Orientem translato, & ſub Conſtantino, procul dubio veteres illæ mancipationes fuerunt ſublatæ: vt probabiliſſimum ſit, Conſtantinum in *dict. l. vlt.* non de veteri fiduciæ pignore, ſed de pacto commiſſorio pignori ſimplici adiecto diſpoſuiſſe. Atque ita prorſus corruunt nugæ Fabriles. Intelligere hinc licet, pactionem commiſſoriam 5 in pignoribus olim licitam, pòſt in *d. l. vlt. C. de pact. pign.* à Conſtanti-

 no

no demum ſublatam fuiſſe probatur ad apertè ex Paulo *dict. lib.* 2. *ſent.* 13. Fiduciæ enim contractus, quem in vſu & licitū fuiſſe ex illo loco conſtat, hanc pactionem aut expreſsè adiectam aut neceſſaria conſequentia implicitam habebat: vt videlicet creditor non ſoluta pecunia, rem perpetuo jure retineret. Et effectu iſto & jure admiſſo, nulla ratio dari poteſt, cur in ſimplici pignore eadem conventio improbaretur, nam commentum Fabrile de implicatione contradictionis jam exploſimus. Et quorſum verò attinuiſſet aut neceſſum fuiſſet, illam pactionem tolli & improbari à Conſtantino, ſi ea ante in vſu non fuiſſet: quo præcipuè argumento & Pinellus vtitur, *ad rubric. C. de re. vend. p.* 2. *cap.* 1. *n.* 27. At nec ineptum eſt argumentum; quo idem vtitur, quod pacta in dubio quævis ſint ſeruanda; nimirum ex hypotheſi, quod nulla poteſt ſanctio produci, qua ante Conſtantinum dicta pactio commiſſoria ſit ſublata & improbata: Itaque paulo audacius facit *Hunnius quæſt.* 40. dum aſſumptionem falſiſſimam eſſe & petere principium ait. Quin imo ipſe principium petit, dum hanc pactionem bonis moribus aduerſari ſcribit: Id enim ſimpliciter verum non eſt: ceteroquin ea pactio in pignore fiduciæ admiſſa & tolerata non fuiſſet. Verum audiamus quid reſpondeat Hunnius *ad d. vlt. C. de pact. pign.* Ait, eam conſtitutionem fuiſſe in Codice primo, poſt quem Digeſta fuerunt compoſita, & adeo conſtitutionem priorem tempore non poſſe corrigere Leges poſteriores Digeſtorum. Quocirca, inquit, conceſſo eo, quod ante *d. l. fin.* improbata non fuerit ea pactio, non ſequi tamen inde, quod Legibus Digeſtorum non fuerit interdicta, cum Lex eam prohibens LL. Digeſtorum ſit anterior. Hæc ille: quibus profecto nihil inſubtilius, & imo abſurdius dici poteſt. Nimirum hoc quæritur, an ante Conſtantinum temporibus JCtorum noſtrorum, aut quæ eos ſecuta ſunt, & quæ vtique priora Conſtantino fuerunt, pactionem commiſſoriam adijcere licuerit? Et ſcilicet reſponſa JCtorum materialiter conſideramus, non quatenus nouam qualitatem acceperunt à Juſtiniano, vt haberent inſtar legum; quæ noua qualitas efficere non poteſt, vt non eæ ſententiæ quæ in Pandectas relatæ ſunt, fuerint priores ſanctione Conſtantini, & de vſu eius temporis atteſtentur, quo vixerunt JCti. Et prorſus fatuus ſit, qui ſententias JCtorum in Pandectis priores eſſe neget ſanctione Conſtantini: Sed largiori & pleniori confutatione res non eget: & profecto iſta explicatio talis eſt,

quæ

quæ nullo colore excuſari aut defendi poteſt. Et maneat nobis hoc fixum, quod pactio iſta olim & temporibus JCtorum, quorum reſponſa habemus, non potuerit nec in pignoribus omnino eſſe improbata: quod ex illo, quod de pacto fiduciæ diximus ex Paulo, inconuincibiliter oſtenditur: cui rationi, vel quia non potuit, vel quia ea non eſt apud Pinellum, (apparet enim eum nec ſententias Pauli, nec quæ ad eas Cuiacius notauit, vidiſſe) nec reſpondere quidem conatus eſt Hunnius. Sunt & alia loca in Pandectis, quæ pactionem hanc non omnino fuiſſe in illicitis demonſtrant: nec ſatis cautus fuit Tribonianus, vt omnino ea veſtigia tolleret. Et illud jure noſtro paſſim traditum eſt, quod debitor rem pignoratam licitè ipſi quoq; creditori vendere poſſit, *l. reſcriptum. 12. de diſtr. pign. l. aliena. 20. §. vlt. de pign. act. l. Titius. 9. quib. mod. pign. ſolu. l. & qui. 10. vers. ſane. C. de diſtr. pign.* itidemque, quod debitor creditori rem, vt eam jure dominij poſſideat, in ſolutum dare poſſit. *l. cum dominam. 13. C. de pignorib.* & quod vtrumque ita efficaciter poſſit facere debitor, vt licet poſtea debitum cum vſuris offerre velit, non audiatur. *l. Titius. 34. de pignor. act.* Quantum autem intereſt, ſiue ab initio conueniat, vt res, non ſoluta pecunia ſit empta creditori, aut vt tamquam in ſolutum datá jure dominij poſſideat, an poſtea hoc fiat: niſi quis putet cum Dd. pactum commiſſorium rectè ex interuallo apponi, de quo mox dicemus. Vtique ratio coactionis, quam vrget vnicam Hunnius, etiam hoc caſu militat, dum debitor inops & qui ſoluere pecuniam non poteſt, rem poſtea jure venditionis aut in ſolutum dationis cogitur concedere creditori: quamuis nec illa ratio coactionis vera ſit, cum nemo pecuniam ſuam alteri mutuam dare teneatur, aut ſi det, jure pactionis adjiciat: & ex accidenti eſt, quod alius aut indiget omnino pecunia, aut eam poſtea reſtituere non poteſt, vtique etiam vbi poſtea ita res venditur aut in ſolutum datur, fraus legibus quæ improbant pactionem hanc fieri poteſt. Neque prorſus purgat ſuſpicionem, quod in venditione certum pretium interuenit, cuius etiam mentio eſt in *dict. l. Titius. 34. de pignor. act.* Eſt enim pretium certum de eſſentia emptionis, absque quo titulus iſte non poſſet defendi: nihil verò prohibet, quo minus ipſa pecunia mutuo data pro pretio definiatur: quomodo effectu res incidit in ipſiſſimam pactionem commiſſoriam. Sed & in datione in ſolutum nulla opus eſt determinatione pretij, ſed ſimpliciter res ceditur pro pecunia debita: quod & ſimpliciter propo-

nitur factum, in *d. leg.* 13. *C. de pignoribus*. Deinde in *leg. vlt. de contr empt.* non obſcurè iſta pactio commiſſoria toleratur: & an ad rem faciat, quod cum fideiuſſore, & ita cum tertio ea pactio inita fuit, paulo poſt etiam videbimus. Adducuntur tamen quædam loca ex ipſis Pandectis, quibus videtur probari pactionem hanc etiam JCtorum temporibus fuiſſe damnatam. Et quidem primo mouere videtur, quod JCtus in *l. Aemilius* 38. *in f. de minorib.* refert, Imperatori jam tunc diſplicuiſſe Legem commiſſoriam: & cum agat ibi de venditione, multò magis in pignoribus eã diſplicuiſſe, conſequi videtur. Deinde, quod in *d. l. vlt. de contr. empt.* pactum hoc admittitur inter debitorem & fideiuſſoré, indicio eſſe videtur, inter creditorem & debitorem id fuiſſe illicitum. 3. & præcipuè facit, *l. ſi fundus.* 16. §. *vlt. de pignorib.* quæ tantum videtur iſtam pactionem admittere, collatam in futurum, & ſub hac cautione & formula, vt res fiat creditoris, juſto pretio tunc æſtimanda: quo caſu, & verbum TVNC & verbum JVSTO tollunt improbitatem & iniquitatem. Sed iſta non magni momenti ſunt: Nam quod attinet *d. l. Aemilius.* 38. *de minorib.* conſtat vtique in venditionibus commiſſorium pactum admitti, nec vlla Lege improbari; & ex *l. vlt. de contrahend. emption.* prorſus nihil infertur. Et deniq; ex *l.* 16. §. *vlt. de pign.* tantum ducitur argum. à contrario ſenſu & forte non iniuria quis ſuſpicetur ibi manum Triboniani, qui reſpexerit ad Legem Conſtan. *in l. vlt. C. de pact. pignor.* nam & quæ in *d. l.* 16. præcedunt, haud dubiè ſunt corrupta & à Tribon. interpolata. Transferri forſan huc poſſit, quod Tacitus de *vſuris annal. lib.* 6. ſcribit, eas coercitas multis legibus, ſed quæ tamen fœneratorum improbitati reprimendæ non ſuffecerint. Sed ſane pactionem hanc ab initio & admiſſam & paſſim frequentatam ex paulo ſup. citato loco apparet; Verum poſteaquam fœneratores ea abutebantur, minus probata videtur, nulla tamen Lege prorſus ante Conſtantinum abrogata aut im-

7 probata penitus. Et ſanctionis in *d. l. vlt. C. de pact. pign.* ob quas fuerit iſta pactio damnata, has rationes *Cyn. Salic. & alij in d. l. vlt.* reddunt, tum quod hoc pactum fiat in fraudem vſurarum, tùm quod miſeri debitores, pecunia egentes nihil non paciſcantur, cum improbis & auaris fœneratoribus, quorum ſimul dolus præſumitur, & improba lucri captatio, eò improbabilior quo maioris pretij pignora pro minori ſumma credita, inuadunt: quo Conſtantinus reſpexit *in d. l. vlt.* dum ait, creſcere Legis commiſſoriæ aſperitatem. Huc accedit, quod

in

in *d l.vlt.* Odofr. ſcribit,quod futurum eſſet,iſta admiſſa pactione, vt creditores auari non credant pecuniam, niſi ſub tali pactione. Et præterea ea pactio pignoris fini repugnat,qui hic eſt,vt creditor ſit ſecurus de pecunia ſua,non vt illicitum lucrum quęrat.Ex quibus remouetur, duplex defenſio pactionis huius: quod imputare ſibi debeat debitor; tū quod ita paciſcatur, tum quod ſua die pecuniam non ſoluat, & ita culpa ſua damnum ſentiat. Nec enim liberè,ſed adactus rei familiaris inopia, ita pactus cenſetur debitor: & eadem inopia facit plerumq;, vt ad diem pecuniam expedire non poſſit: Et, ſi qua culpa hic eſt, ea damno quod emergit,non eſt propactionata:& ex aduerſo conſideranda eſt improba lucri captatio,& præſumptus dolus creditoris. Et quoniam hæ rationes ceſſant in creditore, ideo valet pactio, vt amiſſo pignore (licet forte, quod tamen rarius eſt, minoris ſit valoris,) debitor liberetur, *l. quæ fortuitis. 6. C. de pign. act.*

CAPVT XVI.

Alia quædam circa pactum commiſſorium tractata.

1. *An pactum commiſſorium valeat,ſi juramentum acceſſerit?*
2. *De distinctione Dd. & ſententia, quod juramentum ſit ſeruandum & tamen actus non confirmetur.*
3. *Confutata nugatoria Fabri obiectio.*
4. *An valeat Lex commiſſoria adiecta ex intervallo?*
5. *An interpoſita cum tertio?*
6. *Ad l.vlt. de contr. empt.*
7. *Pactum commiſſorium concipitur per verba directa vel obliqua.*
8. *Non eſſe ſemper verum quod verba ſingula conuentionibus appoſita, aliquid operentur.*
9. *Ad l. 16. §. vlt. de pignor.*

QVæritur,an pactum commiſſorium juramento confirmari poſſit? Et *Neguz.p.4.n.3.*ex Dd.quibusdam reſpondet,quod pactum non confir-

Digitized by Google

confirmatur, ſed juramentum ſit ſeruandum. De qua diſtinctione, vt aliquid hic dicamus, videntur eius autores hoc modo jus Canonicum & ciuile quodammodo componere voluiſſe: quia ſciebant, quæ jure ciuili improbata eſſent, nec juramento quidem confirmari *l. non dubium. 5. C. de LL.* jure autem Canonico omnia penè juramenta rata haberi: & hoc igitur emplaſtro iſta quaſi in concordiam adducere voluerunt. Sed nimirum ex vno jure diſtinctim iſta res tractanda eſt & expendenda. Ita quis forte diſpiciendum exiſtimauerit, quid juris ſit, ſi conuentioni vni, alia ſit adiecta. Et vbi accidit vna priori non peremtæ, vtraque vtpote ſeparata retinet ſuam eſſentiam, veluti ſi citra nouationem pacto vel contractui ſtipulatio, ſit ſubiecta: neque enim propriè loquendo ſtipulatio confirmat pactum, ſed ex ſtipulatione ſola naſcitur actio. Et hoc, vbi de viribus conuentionis tantum quæritur, & nullum vitium eſt in obiecto. Quæ noſtra quæſtio præcipuè imo ſola eſt. Et jure ciuili res hic videtur liquida *ex d. l. 5. C. de LL.* quod nimirum, vbi propter obiecti qualitatem conuentio eſt nulla (ad hunc enim caſum rectè Dd. eum locum reſtringunt) nec juramento quidem ea confirmetur. Jus autem Can. poteſt dupliciter conſiderari, 1. vt ſeparatum à jure ciuili, & in ſe: eoque reſpectu vbicunque juramentum vult ſeruari, obiectum & rem ſiue actum, ſuper quo juratum eſt, non habet pro nullo, vtcunque jure ciuili actus ille ſit inualidus, quod multis exemplis haud difficulter poſſet oſtendi: 2. Canonicum jus conſiderari poteſt vt jus mixtum: quoniam non raro ſanctiones juris ciuilis comprobat & actum aliquem ſimpliciter juxta jus ciuile in nullitate ſua relinquit, quem tamen ob autoritatem juramenti vult ſeruari. Et tamen talis actus juxta jus Canonicum ſeorſim conſideratum pro valido quodammodo poſſit haberi. Et hinc fortaſſe explicari poſſit & ſaluari illa Dd. diſtinctio, vt promiſſio aliqua ſit nulla juxta jus ciuile vel Canonicum mixtum, & maneat nulla, vt tamen nihil ominus juramentum ſit ſeruandum, quia propter Deum in teſtem vocatum ita conſcientiæ rectius conſulitur. Et in ijsdem terminis poteſt admitti diuerſitas effectus, quod cum tantum ſeruetur ob ſalutem animæ, hactenus ſit vinculum mere perſonale, adeoque cum conuentio ſit nulla, ad obſeruandum juramentum ſolus jurans, non heres obligetur. Iſta ad rem noſtram accommodemus: cum pactum commiſſorium natura turpe non ſit, & olim admiſſum, poſtmodum ob improbitatem fœneratorum fuerit improbatum, dixerim,

xerim, eius tractationem ad jus Canon. mixtum pertinere, & eo reſpectu eſſe quidem & manere nullum, cum ab ipſo jure Can. improbetur, ſequente hactenus jus ciuile. *c. ſignificante. 7. de pignorib.* ſed tamen ſi ei juramentum acceſſerit, eſſe ſeruandum: quod & ex *ipſo d. c. 7.* probatur perſpicuè ſatis: vbi pontifex ideo contra creditorem reſpondet, quia per debitorem non ſtetit, ſed per nuntium, quo minus juxta conuentionem juratam ſua die pecunia numeraretur, atque debitor ita quantum in eo fuit, vt Pontifex ait, juramenti debitum impleuit: hoc ipſo ſatis ſignificans, absque iſto Legem commiſſoriam propter juramentum ſeruandum fuiſſe: Atque ita probo & ego ſententiam Doctorum, quod hæc pactio firmetur per juramentum, hactenus vt explicaui, vt qui jurauit obligetur ad eius obſeruationem. Cui haud multum obſtat, quod vulgo jactari ſolet, nec renunciationem valere juratam, vbi quid vetitum eſt à Lege, ſolo alterius odio: vel quoniam iſta regula pertinet ad jus magis ciuile, nos autem ex autoritate juris Canonici defendimus conuentionem juratam: vel quoniam conſtitutio Conſtantini in *d. l. vlt. C. de pact. pign.* non ſolum odium creditoris, ſed quoq; & forte magis fauorem debitoris reſpicit. Ineptè autem objicitur *l. 5. C. de LL.* quoniam ita committitur inerudita confuſio juris Canonici & Ciuilis. Porrò *Auth. ſacram puberum C. ſi adu. vend.* agit quidem de minoribus: ſed poſſit ita induci pro Dd. ſententia, quod, ſi minorum juramenta confirmantur, multo magis maiorum juramenta ſubſiſtere debent. Sed eſt præterea ea ſanctio non Romano Juſtinianeo jure, ſed Imp. Germanici Friderici, qui Canones ſequutus magis eſſe videtur. Ad hæc ex certiſſima omnium ſententia, non pertinet ea ſanctio ad contractus qui ob qualitatem obiecti nulli vel improbati ſunt, ſed ob qualitatem ætatis contrahentium, quod non obſeruauit Hunnius: Et nec illud, quod ex ſententia cõmuni Dd. contractus omnes à minorib⁹ ſine curatore geſti, ſunt inualidi & nullius momenti: de quibus vulgo Interpp. communius poſt Martinum eam quoque ſanctionem accipiunt, contra Bulgarum, qui eum locum de contractibus validis, cum curatore vel etiam cum decreto celebratis putabat explicandum. Prorſus auth. iſta nihil ad hanc rem facit: Ceterum textus juris Canonici *in c. cum contingat de jureiur. & in c. quamuis de pact. in VI.* qui textus penè omnia juramenta volunt ſeruari, pro opinione Dd. argumentum præbent, quam vt dixi firmat penè directò *c. ſignificante. 7. extr. de pignorib.* (cui ne gry quidem reſpondet Hunnius) ad quod *Innocent. in pr.* diſertè ſcribit ex eo cap.

K jura-

Digitized by Google

juramentum obſtiturum fuiſſe debitori, vt ne repetere poſſet pignus, niſi extra culpam fuiſſet: quod & ibid. tradit *Panorm. n.* 4. & poteſt enim obſeruari ſine peccato, quod abſurdè negat. Quod autem ita oneretur conſcientia creditoris, nihil ad rem pertinet. Et addit Panorm. pro regula, quod juramentum præſtitum in caſu à Lege (ſcilicet ciuili) prohibito, obliget jurantem (nimirum ex ratione juris Canonici) ſi prohibitio emanauit in odium alicuius & in fauorem jurantis. Et rectè ait Innoc. juramentum obſtare, ne poſſit debitor repetere pignus: quoniam vbi pactum hoc apponitur, res pignori tradi ſolet: quæ vbi pecunia non ſoluitur, quaſi committitur creditori: & apud eum empti aut in ſolutum dati titulo eſſe incipit. Equidem cum emptio conſtet conſenſu nudo, poſſit res ſub pacto commiſſorio ita & hypothecæ obligari, vt vbi ad diem pecunia non ſoluta eſt, emptio ſit contracta, & creditor ad tradendum ex empto agere poſſit. Sed cum hæc pactio improbata ſit, & jure quoque Canonico, hunc effectum pactum iſtud operari vix poterit, nec jure Canonico quidem, quoniam ex eo tantum qui jurauit, ipſe ſolus obligatur, ceteroquin, contra ea quæ diximus, pactio ipſa confirmaretur. Vbi autem res tradita fuit, hoc operatur juramentum, vt debitor agens pignoratitia actione, exceptione repellatur: & hic illius diſtinctionis vel præcipuus effectus eſt, quod pactum ipſum non confirmetur, ſed juramentum ſaltem ſit ſeruandum: de qua diſtinctione, neque enim plenius de ea agere eſt huius loci; videantur *Cann. in c. cum contingat.* 28. *de jureiur.* & præ ceteris *Panormit. n.* 6. 7. 8. vbi allegat plures. Vnicum

3 addendum eſt hoc loco, quod à *Fab. dec.* 21. *err.* 8. juramentum negat eſſe obligationem, imò obſeruari id poſſe negat, nō quoniam ſit contra bonos mores, ſed quia implicet contradictionem: (quod cōmentum ſupra exploſimus) negat autem fieri poſſe nec juramento, vt tale quid poſſibile fiat, quod ſit impoſſibile per rerum naturam, nec poſſe juramentum pro omnipotenti & pro Deo haberi, quin & ab ipſius Dei omnipotentia alienum eſſe, vt ea faciat, quæ contradictionem implicant. En graphicum nugatorem. Prorſus delirus ſit, qui neget à Principe & Legislatore tale quid diſponi poſſe: & ipſe Pontifex Innocentius juramento hoc pactum cōfirmari credidit: & qui in Juriſprudentia & Legibus, quæ pendent ab autoritate hominum, tale quid, quod per rerum naturam ſit impoſſibile, quæſiuerit, ille ad gentiles & agnatos ſit deducendus: tanto magis qui Deo ipſi id impoſſibile eſſe dixe-

dixerit: quod in hac materia dicere penè impium, vtique profanum, & ridiculum eſt. Et quomodo verò impoſſibile eſſe poſſit, vt quod tempore aliquo vt pignus tenui, non ſoluta pecunia quæ jam manet debitoris, atque ita ex noua cauſa, incipiam tenere jure & titulo empti, aut in ſolutum dati. Et an tantum vnica particula TVNC operari poteſt, (hac enim adiecta pactum ſubſiſtere poſſe ipſe concedit Faber) vt ea omiſſa contradictio, contra ipſam rerum naturam, & quæ ſit ipſi Deo impoſſibilis, introducatur? Et an non illa particula facilimè ſubintelligi poſſit? Quam ſecurus ille homo ſeculi ſui & poſteritatis fuit, & quam contemſit (nolim enim hoc ſtultitiæ imputare) judicia Lectorum, ſi eiuſmodi portenta & monſtra homini ſanæ mentis ſe perſuadere poſſe putauit. Sed piget ineptiarum. Iam alia videamus. Regulæ de improbato pacto commiſſorio, aliquas exceptiones & limitationes ſubijcere Dd. ſolent, ex quibus duæ ſunt principaliores, quas vt admitterent, eos textus juris induxerunt. Vna 4
limitatio eſt, ſi pactum appoſitum fuerit ex interuallo. Ita *Neguz. ex Dd. p. 4. n. 6.* & communiter Interpretes, *in d. l. vlt. C. de pact. pign. Bartolus in l. Callippo alias. l. quamuis. 45. de ſolution.* Ratio vna huius ſententiæ eſt, à ceſſante illa ratione, ob quam pactum hoc improbari ſupra diximus, & quod vt d. loco Neguz. debitor egens pecunia quiduis paciſcitur, quod qui facit, poſtquam jam habet pecuniam, merito ſuæ facilitati id imputare debet, cum ceſſet hic præſumpta extorſio & dolus creditoris. Rationem alteram ſumunt ex *d. l. Callippo. 45. de ſolution.* vbi in terminis id notat Bartolus, ideo valere pactum quo promiſit maritus, ſe pignori pro dote obligata prædia vxori in ſolutum daturum, quoniam ex interuallo ita pactus erat: & inde ſpeciale hoc notat, quod non noceat marito debitori poſſidenti, quo minus per exceptionem ſe defendere & vxori offerre poſſit debitum: quod notandum ad id quod diximus paulo ante, pactum commiſſorium non operari hunc effectum vt agi poſſit ad tradendum, ſed ſolum vt res poſſit retineri. Tertiam rationem petunt ex *l. Titius. 34. de pignorat. act.* juxta quam poſt acceptam pecuniam, cum creditor diſtrahere vellet pignus, licitè debitor in eum rem transferre poteſt. Sed quod ad textus attinet, videantur illi non multum ad rem facere, ſi verum eſt, quod nos ſupra diſputauimus, JCtorum temporibus pactionem illam non fuiſſe improbatam. Et præterea in *l. 45. de ſolution.* nihil eſt, ex quo pactum ex interuallo appoſitum fuiſſe, ſolidè

queat colligi: nec ratio coactionis, & quod debitor quiduis paciſcatur, in propoſita illa ſpecie, inter maritum & vxorem, militare videtur. Porro in *l.34. de pignor. act.* non in futurum & caſum non ſolutæ pecuniæ, confertur datio in ſolutum aut venditio, ſed præſenti tempore res venditur & quidem, quod præcipuum eſt, non ſimpliciter, vt pro pecunia accepta res ſit empta, ſed vt pro CERTO pretio, & hoc veriſimiliter juſto, *arg. l. 16. §. vlt. de pignorib.* Sunt præterea, qui nec rationem prohibitionis ex interuallo ceſſare exiſtimant, & ex eorum numero *Mudeus Tract. de pign.* etiam ex interuallo debitorem, vt ita paciſcatur, adigi poſſe putat, ſi minetur creditor, ſe debitorem in jus vocaturum aut petiturum, vt ex Edicto in bon. poſſeſſionem mittatur. Nec deeſt tamen, quod pro Dd. hic replicitur. Et nimir. cum Tribonianus ſanctionem Conſtantini in Codicem retulerit, ne eius oſcitantiam aut ſocordiam accuſare neceſſe habeamus, vtcunq; etiam JCtorũ ſeculo & ętate pactio hęc non fuerit damnata, tamen nobis eſt ſtatuendũ, quod Tribonianus certo judicio illos textus nobis in Pandectis reliquerit, quibus defenditur pactio hæc ex interuallo interpoſita, quod eadem huius, & illius quæ ſtatim adijcitur, improbandæ ratio non eſſet. Et per *l. cum dominam. 13. C. de pign. 1.* probatur, quod indiſtinctè res creditori in ſolutum dari poſſit: nec quidquam intereſſe videtur, an quis mihi rem ex interuallo in ſolutum det, an paciſcatur ex interuallo, vt ego non reſtituta pecunia in ſolutũ habeam & retineam. Et falſum eſt, quod Mude⁹ ait, poſſe ob morã debitoris creditorẽ petere, vt in poſſeſſioẽ bonorũ debitoris mittetur. Cũ præſertim hodie ex cõmuni ſententia, nec pignus quidẽ prætoriũ regulare, in debitoris omnib⁹ bonis cõſtituatur: Sed enim hoc ſolum poteſt creditor, vt rem ſibi oppignoratam (nec vmquam pignori omnium bonorum legitur adiectam pactionem commiſſoriam, nec id patitur ratio, cum nec omnia bona tradi ſoleant pignori) proſcribat & vendat: in qua quidem re quæ ambages requirantur, infr. dicemus. Et præterea in pignore vendendo, ſi quid non bona fide egerit creditor, ſi quid omiſerit, ſi dolo rem vendiderit minoris, ſi quid vltra debitum redegerit, remedia certa ſunt, & inprimis actio pignoratitia parata eſt debitori. Cum nihil adeo facere poſſit creditor, quod in præjudicium & detrimentum maius debitoris vergat: dici non poteſt, quod debitori neceſſitas ulla ita paciſcendi ex interuallo imponatur: nam, quod parum honorificum eſt debitori, vt res ſua diſtrahatur, ſufficere ad iſtud non videtur. Secun-

cundum hæc iſta ſententia & limitatio Interpp. non videtur improba-
bilis, hac tamen adjecta cautione, vt debitori ſuccurratur, ſi quid à cre-
ditore fraudis admiſſum eſſe oſtendere queat. Atque hæc de priori
limitatione Doctorum. Altera limitatio eſt, quod valeat pactum 5
commiſſorium, ſi non inter ipſum creditorem & debitorem, ſed inter
debitorem & tertium, veluti, fideiuſſorem fuerit interpoſitum. Ita Dd.
communiter in *d.l.vlt. de pact. pign. & in l vlt. de contr. empt. Neguz. p.4.n.7.*
Verum poſt conſtitutionem Conſtantini, hæc limitatio videtur mihi
difficilius, quam præcedens, defendi poſſe: hoc enim admiſſo, facilè
cum fideiuſſore poſſit creditor colludere, qui niſi accepto fideiuſſore
nolit credere pecuniã, & fideiubere alter, niſi adiecta pactione cõmiſ-
ſoria recuſet: ita vt quamuis *d.l.vlt.* loqui tantum de creditore & debitore
videatur, tamen vbi eſt eadẽ ratio prohibitionis, eadem ſuſpicio frau-
dis, deciſio quoq; obtinere meritò debeat: quod præſertim fideiuſſor,
propter quamuis morã debitoris, ſoluturus pecuniã, & ita & ipſe aſpe-
riter Legem cõmiſſoriam exerciturus præſumi poſſit: & prohibito ali-
quo illa quoque omnia intelliguntur prohibita, per quæ & indirecto
ad prohibitum peruenitur. Accedit quod fideiuſſor ſoluta pecunia,
ipſe jam creditor eſt, & vel actione mandati propria vel actione certa
pecuniam exigit, jure & nomine creditoris: nec differentiæ vlla ratio
apparet, quoad effectum ipſum, an quis initio crediderit pecuniam,
an poſtea in locum creditoris ſuccedat, vbi nimirum talis eſt, qui re-
gulariter ſuccedit in eum locum, & qui initio pactione commiſſoria
ſibi proſpexit: nec quod fideiuſſor ſoluere cogitur (qui tamen coacti-
onem ſimulare poſſit) ſufficit ad iſtam pactionem defendendam: tan-
to minus, quod hoc fidei bonæ quam contractus mandati deſiderat,
non parum repugnat, vt fideiuſſor, qui amici officio fungitur, cum da-
mno debitoris lucrum ſuum & quidem improbum quærat: qua de
cauſa, ſi emerit prædia quæ oppignorata fuerunt, ei ſemper oferri po-
teſt, *l.1. C. de dolo*, & de eo infr. pluribus agemus. Et pro opinione ta- 6
men iſta Dd. in terminis textus eſſe videtur in *l. vlt. de cont. empt.* vbi ita
proponitur conuentum inter debitorem & fideiuſſorem, vt hic ſi intra
triennium à fideiuſſione non liberetur, & pecuniam creditori ſoluere
cogatur, empta habeat prædia pignori obligata: & eam pactionem
jure validã eſſe, reſpondetur. Nec hîc quiſquam admittat hanc diui-
nationẽ, quod emptio nõ valeat pro pecunia quã fideiuſſor ſoluit, ſed
pro iuſto pretio, cui quod deeſt, fideiuſſor ſupplere cogatur: quę quidẽ

 expli-

Digitized by Google

explicatio futura ſit prorſus aliena à verbis & mente Scæuolæ, qui ſub conditione, emptionem eſſe contractam reſpondet, quod falſum eſſet, ſi alia & noua prædiorum oppignoratorum æſtimatio neceſſaria eſſet. An dicimus juxta ſuperiora, Tribonianum hîc nobis veſtigium juris antiqui reliquiſſe? Nugatur Ant. Faber circa hunc locum *err.* 5. *decade* 21. & cornicum oculos vult configere. Ait, tantum abeſſe, vt Dd. opinio per *d.l.vlt.* probetur, vt etiam per eum text. euertatur: & verba, *ſi non vt in cauſam obligationis*, &c. ita explicat, vt ex his inferre putet, ſi hoc inter debitorem & fideiuſſorem actum eſſet, vt oppignorata prædia, non ſoluta pecunia haberet empta, nullam futuram & inualidam conuentionem, propter illam quam ſibi finxit errore opinionis, cõtradictionẽ. Verum ea mens JCti non eſt, ſed hæc, quod inter debitorem & fideiuſſorem dupliciter conuenire poſſit: vel, vt ſi ſoluerit pecuniam, jam prædia quæ oppignorata erant creditori, ipſi incipiant eſſe obligata, eodem jure: vel vt non ſint obligata, ſed fideiuſſor ea pro pecunia ſoluta, ſibi habeat empta. Porrò cum *in d. l. vlt.* pignora non proponantur obligata fideiuſſori, ſcrupulum mouere poſſit, quod hæc non videatur exceptio ad regulam, qua improbatur commiſſorium pactum cum eo factum, cui obligata res pignori fuit. Puto rectè reſponderi, idem dicturum fuiſſe JCtum, ſi ipſi propoſitum fuiſſet, & pignora obligata, & in pecuniæ à debitore nõ ſolutæ euentum, contractam fuiſſe emtionem: contra quam ineptè cenſet A. Faber. Et ſufficit pro exceptione, quod, quantumuis cum diuerſis perſonis, tamen & pignus & emptio in futurum inita eſt: nec quidquam intereſt, an committatur res, ob non ſolutam pecuniam, creditori aut fideiuſſori: quoniam vtroque militat eadem ratio, & propter non ſolutam pecuniam debitor rem ſuam amittit. Et quod Faber *d cap.* 5. negat vllum odium eſſe huius cõmiſſoriæ pactionis, nec prohiberi poſſe creditorem, quo minus quã optimè ſibi proſpiciat, manifeſtò falſum & ſupra ſatis ſolidè eſt confirmatum, & directò pugnat cum *l. vlt C de pact. pign.* Et præterea ipſe Fab. ſibi contradicit *dec.* 21. *cap.* 1. vbi ſcribit rationem fuiſſe hanc, cur vetus contractus fiduciæ pignoratitius fuerit improbatus, quia fœneratoribus dabat doli cauſam, qui fiducias nimis magni valoris, ſibi mancipari curabant: quæ ratio eadem militat in pacto commiſſorio de quo tractant Dd. nec ouum ouo poteſt eſſe ſimilius: vt miranda ſit iſtius hominis pertinacia in manifeſto errore. Huc autem & ad

tracta-

tractationem de pacto iſto quod cum tertio initum eſt, pertinet quæſtio, quam attingit *Neguzant. p. 4. num.* 8. ſi quis promiſerit dotem, prædiumque pignori obligauerit, an pactum valeat, vt non ſoluta dote, prædium ipſum loco dotis eſſe incipiat apud maritum? Et ſiquidem juxta opinionem communem pactum hoc cum tertio & v. c. cum fideiuſſore rectè interponitur, quid ni etiam cum marito: quoniam effectu inſpecto & re ipſa mulier hîc magis eſt creditrix, cuius vtilitatem reſpicit principaliter promiſſio dotis. Et tamen etiam ipſius mariti intereſt, propter fructus, vt habeat dotem vberiorem, vt proinde & ipſe creditoris vicem repræſentet, cui & ipſi dos promiſſa proponitur. Sed & vt paulo ante diſputauimus, dubitari poteſt, an poſt *l. vlt.* C. *de pact. pign.* pactum hoc inter debitorem & fideiuſſorem licitè interponatur. Et poſſunt quidem hîc variæ ſpecies promiſſorum conſiderari. Etenim promittit aliquando debitor vxoris quem ipſa marito delegauit: in quibus terminis hoc pactum omninò putauerim improbum eſſe: promittit quis ex liberalitate, cui imputari poſſit, quod ita fuit pactus: ſed ex aduerſo ſit iniquum, cum donatore ita agere pater ſi ita conuenerit, videri poſſit, quaſi ſub conditione, vberior promiſſa dos: ſed videndum, ne pater greuetur vltra facultates. Planè ego potius concluſerim cum *Neguzant.* d. loco, quod etiam hîc pactum iſtud ſit habendum pro improbato & illicito, propter generalitatem ſanctionis *in l. vlt. C. de pact. pign.* cui inhærere tutius eſt.

Denique ad hanc materiam pacti commiſſorij addendum eſt, quod ſecundum Dd. pactum commiſſorium concipiatur vel per verba directa, vel per obliqua & inflexa. Proponit hanc ex Dd. diſtinctionem *Neguzant. d. part. 4. de pignorib. in pr.* Verba directa appellant, quæ important translationem dominij, in caſum non ſolutæ pecuniæ, & auferunt debitori jus luendi & offerendi: & omnino hoc pactum intelligunt, de quo hactenus diximus, & quod improbatur in *l. vlt. C. de pact. pign.* vt non ſoluta pecunia res maneat penes creditorem vt vendita aut in ſolutum data. An ſatis ſubtiliter ita diſtinguant & loquantur Dd. parum refert, nos rem ipſam videamus. Verbis obliquis pactum concipi dicunt, vbi promittit debitor, ſe non ſoluta pecunia, ceſſurum creditori re pignorata, aut eam in ſolutum daturum. Hoc quoque modo deueniretur ad effectum pacti commiſſorij, ſi ſimpliciter juxta conuentionem teneretur debitor rem cedere aut in 7

ſolutum

ſolutum dare. Sed non ita eſt; & huiuſmodi pactione non adimitur facultas debitori, quo minus etiam commiſſa mora, pecuniam offerre adhuc, & liberare ſe neceſſitate in ſolutum dandi, poſſit. Quin amplius etiamſi debitor non offerat, cum tamen ſaltem ſit obligatus, vt cedat aut in ſolutum det, nec quiſquam ad hæc facienda præciſè teneatur: fit, vt huiuſmodi pactiones nihil operentur vltra jus commune, vt nimirum, ſi debitor pignora cedere aut in ſolutum dare nolit, nihil aliud habeat creditor (qui ipſe ſua autoritate bona ſibi addicere non poteſt) quam vt pignora diſtrahat & vendat: quod & citra illam pactionem jure communi facere potuiſſet, quod docet textus notabilis in *l.* 1. *C. de pact. pign.* qui ad hoc ſumme mihi notandus videtur, quia per eum
8 oſtenditur, non eſſe perpetuo verum, quod vulgo jactatur, verba conuentionibus appoſita, operari aliquid debere, & ita explicanda, vt ne vllum verbum ſit otioſum, &, vt loquuntur, ſine miſterio: quam regulam proponunt *Euerhard in loco ab except. ad regulam. n.* 3. *Bart. in l. ſi quando.* 109. *de legat.* 1. *Weſemb. conſil.* 52. *n.* 46. *Bald. ad rubr.* C. *d. contr. empt. vel.* 2. *vers. nono, quæro. Decius conſil.* 473. *n.* 3. *Iaſon. in l. vlt. Quod quiſq. jur. in f. Tiraquell. de retr. conv.* §. 1. *gl.* 2 *n.* 24. *&* 25. Hanc, inquam, regulam non eſſe perpetuam, probatur *per d. l.* 1. *C. de pact. pign.* vbi pactum nihil operatur vltra jus commune, cuiuſmodi etiam pactum eſt, *in l.* 3. *C. de fideiuſſorib.* nec diſſimile in *l. quæſitum.* 9. §. 1. *de diſtr. pign.* quin & tale pactum eſt, quo permittitur creditori jus pignoris vendendi, vt infr. *lib.* 3. dicemus. Sed vt ad rem noſtram redeamus, ad pactum commiſſorium, quod verbis obliquis conceptum Dd. dicunt, referendum erit
9 pactum quod proponitur in *l. ſi fundus.* 16. §. *vlt. de pignorib.* vt ſi pecunia ſoluta non ſit, creditor poſſideat rem, juſto pretio *tunc* æſtimandam: nam & pactio iſta, qua conuenit, vt debitor rem cedat, vel in ſolutum det, particulam Tunc implicitam habere videtur, quamuis hoc diuerſum ſit in ſpecie *d. l.* 16. §. *vlt.* quod eo caſu creditor videtur omnino defendi poſſe exceptione contra debitorem, qui velit offerre pecuniam, ſiquidem velit creditor juſta facta æſtimatione rem retinere: vt adeo ſi verba ſpectemus, magis videatur pactum commiſſorium directum: quod ideo toleratur, quia iniquitas eius hîc ceſſat, cum creditor retineat rem titulo empti, non ſimpliciter pro pecunia, quam mutuam dedit, ſed pro juſto pretio, ita vt quod huic deeſt, ſupplere teneatur. Idque, & quod cogatur debitor relinquere creditori rem pro juſto pretio, vigore conuentionis, inde confirmatur, quod in extremo

§. ſub-

§. ſubijcitur, videri venditionem contractam conditionalem: conditione autem exiſtente ex conuentione vterque contrahens obſtringitur. Et hoc ipſum tamen ſcrupulum habet, quomodo videri poſſit contracta venditio conditionalis, cum pretio nullo certo definito, nulla omninò poſſit eſſe venditio, nec conditionalis: conditio enim hoc operatur, vt purificet actum & retrotrahat; non poteſt autem purificari emtio, quæ non habet pretium, quod ad eius pertinet eſſentiam. Quæ res mouit *Ant. Fabr. vt decad.* 21. *cap.* 7. verba *d. l.* 16. §. *vlt.* (*hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio*) expungenda cenſeat vt ſpuria & irreptitia. Nec nodum ſoluunt gloſſatores, dum monent, æſtimationem referri ad juſtum pretium commune, vel judicis arbitrio definiendum: neque enim natura venditonis ſub huiusmodi relatione conſiſtere poteſt: quod vel oſtendit *l. vlt. C. de contr. emt.* Ego ſimpliciter dicam; quod in *d. l.* 16. §. *vlt.* vt non ſoluta pecunia creditor rem habeat emptam pro ipſa pecunia mutuo data, tacite conferatur cum pacto, aut potius ei opponatur, quo conuenit, vt, creditor habeat rem emptam pro juſto pretio tunc æſtimando aut definiendo. Jllud pactũ improbatum eſt, (vtiq; poſt *l. vlt. C. de pact. pign.* juxta quam forte mutauit Tribon. reſponſum JCti, *in d. l.* 16. §. *vlt.*) quia ſimpliciter facit rem creditoris pro pecunia mutuo data, quæ non exæquat proportionem juſti pretij: Hoc pactum admiſſum eſt, quoniam conditio rei æſtimandæ iuſto pretio, tollit vitium pacti commiſſorij: Et quia non ſtatim contrahitur emptio in diem non ſolutæ pecuniæ, ſed eius celebratio differtur, ſub iſta cõditione, ſi non fuerit ſolutio facta, & conſenſus in rem certam adeſt, non omninò ineptè, licet non omninò propriè, dicitur contracta emtio conditionalis: quæ improprietas duplici verbo, *videtur*, &, *quodammodo*, deſignatur. Illud ex prædictis conſtare poteſt, & debet non valere pactum vt debitori nunquam liceat licere pignus, vt rectè *Neguz. p.* 4. *n.* 30. *& ſeqq.* ſicut & ex aduerſo conſtare poteſt, licitum eſſe pactum, nec quidquam cum pacto commiſſorio habere commune, quod proponitur *in l. Gaius.* 39. *de pign. act.* vt certo tempore creditor poſſideat pignus, & ex eo in compenſationem & ſortis & vſurarum percipiat fructus. Et hæc de pacto commiſſorio ſufficiant.

Digitized by Google

Capvt Vltimvm.

PRopoſuimus hactenus varias diuiſiones pignoris & hypothecæ, à cauſa efficiente, à forma, ab accidentibus itidem & pactis pignorum. Addamus itaque & hanc, quod hypotheca aut contrahitur purè, aut ſub conditione in diem: Commune id habet cum alijs iſta conuentio: Sed iſtud obſeruandum, quod conditio quædam inſit & tacitè: ſi videlicet ipſa principalis obligatio habeat conditionem: quæ antequàm exiſtat, pignus non obligatur. *l. res. 5. in f. de pignorib. l. grege. 13. §. ſi ſub pen. in pr. eod. tit.* Rurſus ſi debitum ſit purum & præſens, ſub conditone autem contracta hypotheca, & debitor in mora ſit, licet debitori res ſub conditione nexa hypothtecaria actione interim auferri non poſſit, tamen cauere debitor interim tenetur, ſi exiſtat hypothecæ conditio, nec ſoluatur debita pecunia, reſtitutum in pignus, vt docet JCtus *in. d. l. grege. 13. § pen. in f. d. pignorib.* quæ ſingularis præſtatio hypothecariæ actionis notanda eſt. Eadem eſt diei ratio, qui cenſetur adiectus tacitè, vbi principalis obligatio diem habet, vt eo caſu nec ante diem pignus creditor perſequi poſſit. *l. ſoluitur. 5. §. 1. Quib. mod. pign. ſolu.* de quo pluribus & ad *l. quæſitum. 14. in pr. de pignorib.* quæ ſcrupulum mouet, infr. vbi de hypothecaria actione. Quin & dies ſimul & conditio ineſſe hypothecæ cenſetur, ſi fructus naſcituri ſint obligati: quoniam ſubintelliguntur obligati, Si & Cvm naſcentur. *arg. l. interdum. 73. de V. O.* (de quo inf. *lib. 2. de Rebus* agemus) vbi adde quod Dd. notant, ſi hypotheca habeat diem, & debitor incipiat eſſe ſuſpectus, poſſe agi ante diem, *Neguzant. part. 8. membr. 1. n. 47.* Atq; ita vbi conditio vel dies adijcitur per modum termini à quo: Sin adiecta ſint per modum termini ad quem, adueniente conditione vel die, ſicut aliæ obligationes, ita hæc quoque pignoris obligatio, vel ipſo jure vel per exceptionem finietur aut elidetur: quod ex locis communibus finiendarum obligationum petendarum, & huc referendum eſt.

Finis Libri Primi.

LIBER

LIBER SECVNDVS.

DE PIGNORIBVS ET HYPOTHECIS:

In quo de perſonis & rebus, quæ pignori dare vel dari poſſint, tractatur.

CAPVT I.

1. *Pignoris obligatio quomodo ſit neceſſoria, & n.6.*
2. *Naturali obligationi accedit pignus.*
3. *Quid de nuda ciuili.*
4. *Quid de præſumtione mixta.*
5. *Quid in cauſis criminalibus.*
6. *De fine pignoris.*
7. *Pignus verè eſt, licet minoris ſit, quam debeatur, contra Dd.*

DIXIMVS *lib.*1.in definitione pignoris, quid ſit jus in re in ſecuritatem debiti conſtitutum. Ex quo efficitur, ante omnia oportere præexiſtere obligationem & debitum, pro cuius ſecuritate res ſit obſtricta. De quo ſimul & de fine pignoris, quod ibi omiſimus, *d. lib.*1*.c.*2*.in fin.* nos hoc loco promiſimus eſſe pluribus acturos. Et nimirum hypothecæ obligatio ſiue pignoris cõtractus ſunt acceſſoria ad principalẽ obligationem, licet & ipſa per ſe ſubſiſtentẽ & ſeparatã habeant naturã. Et ſunt enimduo genera acceſſoriorum: Alterum eorũ quod ita accedunt, vt planè ab altero diſpendeant, & ſine eo prorſus ſubſiſtere non pon poſſint, & cõiunctã cũ prin-

principali naturam & eſſentiam habeant. Huiusmodi acceſſorium hypotheca aut pignus non eſt, ſed conſtituuntur proprijs & ſeparatis conuentionibus: ſicut & fideiuſſio conſtitutum, & quæuis ferè ſtipulatio: itaque & veræ & propriæ ſunt conuentiones, adeo quidem vt ſæpe ſublata obligatione principali pignoris obligatio nihilominus duret, vt *infr. Lib. vlt.* in materia diſſolutionis pignoris oſtendemus. Sed interim tantum hoc verum eſt, quod initio ſi nulla obligatio principalis adſit, nec pignoris obligatio conſtitui & conſiſtere poſſit. Cui tamen non pauci citati à *Neguzant. part. 3. memb. 1. n. 10.* obijciunt, quod hypotheca, quam liberi in bonis patris habent, incipiat à tempore adminiſtrationis, *l. cum oportet. §. vlt. C. de bon. quæ lib.* & tamen pater obligetur demum ex eo tempore, quo bona malè adminiſtrare cepit. Sed hæc adſumptio falſa eſt: Neque confugiendum hic ad diſtinctionem inanem *Neguzantij*, inter obligationem generalem aut primæuam, & ſpecialem ſiue ſecundariam: ſed ſimpliciter dicendum, quod ſemel vna obligatio oriatur initio adminiſtrationis in qua venit, & quâ comprehenditur, quidquid quandocunque non ex fide geſtum eſt: Sicut neq; dubitatur, quin initio dũ tutor incipit gerere & adminiſtrare, naſcatur obligatio cũ hypotheca, qua obligatione multæ & variæ præſtationes continentur: & aut alius quis, ſed ineptè, dixerit, v. c. ex commodato aut depoſito, ob culpam vel dolum poſtea admiſſum, naſci nouam obligationem & ſpecialem. Pignus porrò & hypotheca obligationi cuicunque accedit: quod apparebit, ſi per omnes ſpecies obligationum eas: & ſiue eæ naſcantur ex delicto, ſiue ex contractu, & ſiue ſint ex contractu vero vel quaſi, ſiue ineantur, re, verbis aut conſenſu: & rurſus ſiue ex contractibus oriantur nominatis, ſiue innominatis, rectè pignus accedit: niſi forte v. c. propter contrahentis perſonam ſit improbata obligatio: & quo non tenet pignus ſiue hypotheca, quæ etiam ab alio pro filiofam. mutuum ſumente, aut muliere fideiubente data eſt. *l. 2. quæ res pignori vel hypot.* Quod generale eſt, vt obligationi inutili non rectè accedat pignus, cui obſtare videtur *l. etſi ii. 9. C. de præd. min.* vbi licet alienatio nulla ſit, tamen pignora tenentur quæ curator obligauit. Puto id ideo eſſe, quia mera ciuili lege obligatio irritatur, à qua diuerſa eſt obligatio de euictione, quæ non eſt improbata: & curatori factum proprium nocere debet, qui diſtraxit tamquam ex officio, & res ſuas pignori dedit. Rurſus obligatio vel eſt ciuilis, vel naturalis: & vtraque vel mixta, vel nuda. Obligationi mixtæ, quæ in

jure

jure noſtro ſimpliciter per ciuilem ſolet intelligi, ſine controuerſia recte accedit hypotheca, ſub qua etiam hîc intelligimus obligationes ex jure prætorio introductas, quarum mentio in *l.5.de pignorib.* Idem de naturali probat: *l.5.in f.pr.de pignor.* idque adeo verum eſt, vt ſi mixta obligatio fuerit, ſublato etiam vinculo ciuili duret pignus, *argum.l. quæſitum.* 14. §.1. *de pign.* ibi, *perſeuerat pignus.* de quo plura *infr. l.* 5. in quæſt. an ſublata obligatione principali duret pignus? Nec quidquam intereſt, an obligatio naturalis ſit ob qualitatem conuentionis, vt quæ ſit ex nudo pacto, an ob qualitatem perſonæ contrahentis, veluti ſi ſeruus contraxerit *arg.* §.1. *Inſt. de fideiuſſ. l. naturaliter.* 13. §.1. *de cond. indeb.* ex qua apparet ita recte accedere pignus obligationi, (aliàs enim non verè accedere diceretur) vt hypothecariæ actioni ſit loc⁹ (de quo *infr.*) nam ita & in fideiuſſore obtinet, qui recte accedit obligationi naturali: idque in terminis noſtris notat *Salic. in auth. hoc ſi debitor.* C. *de pign. n.9. quæſt.* 10. Sed an etiam recte accedit obligationi ciuili, quæ nuda dicitur? Negandum puto: quoniam hæc deſtituitur vinculo æquitatis. *l. Stichum.* 95. §.4. *de ſolut.* tanto magis, quod pignoris effectus ferè deſcēdit ex Edicto prætoris, qui ſectatur æquitatem: Et nos alibi nec fideiuſſorem huic obligationi recte accedere probauimus. Argumentum porrò præbet, quod huiuſmodi obligatio ciuilis nuda non recte conſtituitur, *l.3.* §.1. *de conſtit. pecun.* quod tale debitum non compenſatur, *l.14. de compenſ.* nec parit retentionem *l. qui except.* 40. *in pr. de cond. ind.* Loquimur autem de obligatione quæ verè nuda ciuilis eſt, & ex qua ipſo jure competens actio, exceptione doli, metus, pacti, jurisiurandi, aut qua alia ſimili repellitur & eliditur: Ceteroquin eſt alia ſpecies obligationis, quæ nuda ciuilis in rei veritate eſſe poteſt, & aliquando eſt, ſed quæ præſumitur eſſe mixta, & ſimul ſcil. naturalis, ſcilicet quæ oritur ex judicato, pro ſententia enim præſumitur, & ea pro veritate habetur: item ea, quam Juſtin. ex literis appellat, vbi quis chirographo confeſſus eſt, ſe accepiſſe pecuniam: & pro eius enim confeſſione præſumitur, & creditur, eam eſſe veram: & ita diſtinguit ipſe *Bart. in l.1. de fideiuſſor. n.3.* De criminalibus cauſis quid dicemus? Crediderim ferè idem hîc eſſe ſtatuendum, quod de fideiuſſoribus. Et nimirum vbi de pœna pecuniaria fiſco applicanda & damnato irroganda quæritur, ſicut fideiuſſor, ita haud dubiè & pignora, quæ vel ipſe reus vel alius det, accedere recte poſſunt. In cauſis grauioribus, & vbi pœna corpori infligenda eſt, quoad ipſam pœnam nec fideiuſſo-

L 3. res nec

Digitized by Google

res nec pignora admittuntur: Sed vbi de debito perſonæ non conſtat, & illa honeſtioris vitæ & in dignitate poſita eſt, ſolent admitti fideiuſſores de judicio ſiſtendo: qui id ſub certa ferè quantitate promittunt: poſſint eadem ratione admitti pignora, niſi quod in prætorijs iſtis ſatisdationibus ferè requiruntur fideiuſſores, *l. prætoria. 7. de prætor. ſtip.* vbi quoad pignora ab ipſo reo danda, hoc quoque occurrit, quod reorum ipſorum damnatorum bona rediguntur in fiſcum, (licet hoc jure nouiſſimo in pleriſque cauſis mutatum ſit, N. 134. *in fin.* & præterea reatu durante ipſi nihil alienare poſſunt: ſed de hac re non eſt
6 hic locus prolixius tractandi. Prorſus vt tractauimus, vt pignoris conſiſtat obligatio, oportet poni initio aliam principalem, cui accedant pignora ſiue hypothecæ. Et hinc enim eſt, quod ſi in futurum collata ſit principalis obligatio, ipſa ſimul obligatio pignorum ſit in ſuſpenſo: quod de fideiuſſoribus (& eſt eadem pignorum ratio) traditum legimus in *l. non 35. de judicijs.* & in *l. fideiuſſor. 57. de fideiuſſor.* Ratione eadem fit, vt is qui tantum ſolutionis cauſa adiectus eſt, non rectè accipiat pignus, *l. 15. qui 33. de pignor.* Itemque quod ſi juxta conuentionem pecuniæ numeratio ſecuta non ſit, nec hypothecæ obligatio naſcatur, *l. 1. & 2. C. ſi pign. conu. num.* ita vt pignus vindicari poſſit, *d. l. 1. & 2.* cum qua vindicatione an actio pignoratitia concurrat, per *l. ſolutum. 11. §. 2. de pign. act. infr. lib. vlt. in fin.* videbimus. Illud hoc loco tamen notandum eſt, pignus vt obligetur, non præciſè neceſſe eſſe, vt pecunia debeatur, ſed & ob aliam cauſam poſſe pignus dari, velut vt pro ſe fideiubeat, *l. ſi rem. 9. §. 1. de pign. act.* Et tamen ſi credita hic fuerit pecunia, re ipſa & effectu pro ea pecunia pignus tenetur, vt parum ſubtiles ſint, qui ad eum locum annotant pignus obligari pro facto. Illud etiam adijciendum, quod pignus & pro ſua & prò aliena obligatione rectè detur: quod dicemus *cap. ſeq. de perſonis ſub fi-*
6 *nem.* Addamus aliquid de fine pignoris. Diximus *libr. 1. cap. 2.* finem principalem pignoris eſſe, vt creditori ſit cautum: & vt ſcilicet ſi non ſoluatur, rem diſtrahere & inde ſibi ſatisfacere liceat creditori de quo lib ſeq. & facit pignus, vt aliquando ſublata licet principali obligatione, perſequendo pignus quis pecuniam conſequetur, vt tractabimus *infr. lib. 5. de modo ſolu. pingoris. c. 2.* Notant & finem alium ſecundarium Dd. vt quis poſſit accipere pecuniam mutuam, vel vt aliàs ſibi credatur, & habeatur fides. *§. vlt. quib. modis re contr.* vbi Juſtinianus ait, & creditoris & debitoris gratiâ pignus dari: Et eſt vero idem

qui

qui pignoris & hypothecæ finis. Et hinc cum pignoris quo ad creditorem is finis ſit, vt ei cautum ſit, creditor alio & ad alium finem pignus ſibi traditum haud poteſt transferre: adeo quidem vt ſi pignore vtatur, furtum committatur juxta, *l. ſi pignore. 54. de furt.* niſi res eius naturæ ſit, vt fructus ex ſe ferat, quos perceptos creditor imputat in debitum, aut antichreſi contracta lucratur & computat cum vſuris juxta ea quæ diximus libr. præced. Et hinc porrò quoniam in ſecuritatem debiti res obligatur, fit vt plerunq; pignus maioris ſit & plus valeat, quam eſt in debito. Quod tamen minimè pertinet ad eſſentiam pignoris, &, ſi creditor rem minoris valoris accipiat, non ob id natura pignoris mutatur. Et prorſus falſa habenda eſt opinio, quam ex Dd. *Neguz. p. 3. m. 1. n. 27.* refert & probat, quod ſi pro debito ſummæ maioris aliquanto res obligatur, non tam pignus id ſit, quam rei alienatio, vt maximè enim fortaſſis luere rem pignoratam debitor non poſſit, id ex accidenti & propter eius inopiam accidit: neque ob id eſſentia pignoris mutatur aut transformatur: Et id perſæpe etiam accidit, vbi pignus longè valeat pluris: & quodcunq; pignus tandem ſit, non ſoluta pecunia, illud ſibi non poteſt dominij jure vindicare creditor, ſed legitimo modo illud diſtrahere tenetur, niſi debitor id vltro det in ſolutum. Ex quo intelligi poteſt, quam falſa ſint, quæ ex tam falſo præſuppoſito ibidem infert *Neguzant.* veluti, quod hoc caſu, res in dominio omnino creditoris eſſe cenſeatur: Item quod creditor fructus perceptos ex re pignorata, non imputet in debitum, ſed faciat ſuos quo quidē abſurdius nihil aut falſius fingi poteſt: & miror hæc portenta opinionum Interpp. placere potuiſſe: & adde quæ dicemus cap. ſeq. circa oppignorationem rei Emphyteuticæ.

CA-

Digitized by Google

CAPVT II.

De Rebus & Perſonis.

1. *Ad l. 1. §. 2. quæ res pign. & l. 24. de pignor.*
2. *Rem oppignoratam oportet eſſe in bonis debitoris, & n. 4.*
3. *Et quid ſi res alteri ſit reſtituenda aut alienari prohibita?*
4. *Oportet pignori dantem & jus adminiſtrandi habere.*
5. *De re Emphyteutica.*
6. *Ad l. 101. in pr. de legat. 3.*
7. *De re feudali.*
8. *De pupillis & minoribus.*
9. *Ad l. 1. §. vlt. & ſeq. l. de reb. cor.*
10. *Fructuarius rem pignorare non poteſt.*
11. *Ad l. fructus. 72. d. R. I.*
12. *An procurator pignorare poßit?*
13. *An tutores vel curatores?*
14. *Ad l. 16. in pr. de pign. act.*
15. *De ratihabitione.*
16. *An liberi & ſerui poßint pignorare?*
17. *De eo qui pro alio rem obligat.*
18. *Tacita obligatio & ratihabitio, & quid ſi quis ſubſcribat inſtrumento?*

IAM ad materiam propriam huius libri accedamus. Pignus eſt ius in re: & rem igitur aliquam, cui inhæreat obligatio pignoris, ſubiectam eſſe oportet. Et traditur pro regula. Quæcunque ſunt in bonis noſtris, ea pignori obligari poſſe, *l. qua prædium. 6. C. ſi alien. res pign.* Eodemque pertinet regula *l. ſed & 9. §. 1. de pign.* Quod recipit venditionẽ, idem & pignorari poſſe: (cui non obſtare, quod res aliena vendi poteſt, ſed pignori dari non poteſt, paulo poſt faciemus planum.) itemque *l. 1. §. 2. Quæ res pign.* quam quis rem emere non poteſt, eam nec
1 pignori accipere poſſe. Cui non obſtat *l. in quorum. 24. de pignoribus.* vbi dicitur, in quorum finibus quis emere prohibetur, in ijs pignus accipere non prohiberi: vel quia diſtinguendum eſt cum Doctoribus inter prohibitionem Legis & judicis: vel quia intereſt, an quis ideo prohibeatus

hibeatur emere rem, quod eius commercium non habet, an ob aliam cauſam: vel quia quod non longè hinc abit, intereſt, an prohibitionis cauſa ſit in perſonæ vel rei qualitate, an pendeat à qualitate loci: velut magiſtratus prouinciales, emere in pecunia dum magiſtratus ſunt, prohibiti, pignori accipere non vetantur. Debet igitur res in debito- 2
ris bonis eſſe, ſi conſiſtere pignus debet: quod Imp. in *d. l. 6. C. ſi res al.* inde confirmat, quod creditorem, qui actione hypothecaria (in quo præcipuus pignoris eſt effectus) experitur, neceſſe habet probare, rem fuiſſe debitoris in bonis, & ſcil. quod debitor eam bona fide poſſederit: nam præcisè in dominio debitoris eam fuiſſe non tenetur probare: de quo pluribus *lib. ſeq. vbi de hypothec. actione.* Oportet rem ita eſſe 3
in bonis aut dominio, vt non ſit affecta alteri cui reſtitui debeat, nec alienari prohibita. Hinc res ſubiecta fideicommiſſo purè aut in diem certum non rectè obligatur pignori, ex *l. 3. §. 2. C. commun. de legat.* & idem Imper. Juſtinianus generaliter diſpoſuit, *in l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* alienatione rei prohibita, hypothecæ quoque aut pignoris nexum prohibitum intelligi: idque non immeritò; quoniam per oppignorationem ad venditionem peruenitur: & finis hic pignoris eſt, vt pecunia non ſoluta liceat id vendere & diſtrahere: adeo quidem, vt pactum, ne liceat hypothecam aut pignus vendere, ſit inualidum, vt dicemus *libro ſeq.* Ex quo etiam eſſe videtur, vt ſi donatam rem coniugi, coniux oppignorauerit, videatur donationem revocaſſe *l. cum hic ſtatus. 32. § ſi maritus. 5. de donat. int. vir. &c.* quod tamen rectius reſtringitur ad oppignorationem in ſpecie dictam, vbi res tradita eſt: alioquin ſecus obtinere, argumentum præbet, quod legatum non cenſetur reuocatum, ſi teſtator rem hypothecæ obligauerit. *§. ſi rem. 12. verſ. ijdē. Inſt. de legat.* Limitantur iſta, ſi res ſit affecta, v.c. ex diſpoſitione teſtatoris aut legis. Etenim ſi quis v.c. ipſe rem crediderit, & necdum tradiderit, crediderim pignus ſubſiſtere. Prorſus cum ex jure pignoris, creditor conſequatur jus rem perſequendi contra quemcunque poſſeſſorem, & porrò vendendi, nec quiſquam in alium transferre poſſit, quod ipſe non habet, oportet & eum qui rem pignori dat vel obligat, jus rem perſequendi & vendendi habere: quod vero habet, nemo, niſi qui dominus eſt, aut vtique rem in bonis habet, & poſſedet pro ſuo. Et proinde neceſſum eſt, vt præter dominium & jus ad- 4
miniſtrandi habeat: adeoque, quicunque ſub tutela & cura ſunt aliorum, ſicut vendere & alienare non poſſunt, ita nec jus obligandi rem

ſolutum dare. Sed non ita eſt; & huiuſmodi pactione non adimitur facultas debitori, quo minus etiam commiſſa mora, pecuniam offerre adhuc, & liberare ſe neceſſitate in ſolutum dandi, poſſit. Quin amplius etiamſi debitor non offerat, cum tamen ſaltem ſit obligatus, vt cedat aut in ſolutum det, nec quiſquam ad hæc facienda præciſè teneatur: fit, vt huiuſmodi pactiones nihil operentur vltra jus commune, vt nimirum, ſi debitor pignora cedere aut in ſolutum dare nolit, nihil aliud habeat creditor (qui ipſe ſua autoritate bona ſibi addicere non poteſt) quam vt pignora diſtrahat & vendat: quod & citra illam pactionem jure communi facere potuiſſet, quod docet textus notabilis in *l.1. C.de pact. pign.* qui ad hoc ſumme mihi notandus videtur, quia per eum oſtenditur, non eſſe perpetuo verum, quod vulgo jactatur, verba

8 conuentionibus appoſita, operari aliquid debere, & ita explicanda, vt ne vllum verbum ſit otioſum, & vt loquuntur, ſine miſterio: quam regulam proponunt *Euerhard in loco ab except. ad regulam. n.3. Bart. in l. ſi quando. 109. de legat.* 1. *Weſemb. conſil. 52. n. 46. Bald. ad rubr.* C.*d.contr. empt. vel. 2. vers. nono, quæro. Decius conſil. 473. n.3. Iaſon. in l. vlt. Quod quiſq; jur. in f. Tiraquell. de retr. conv. §.1. gl. 2 n. 24. & 25.* Hanc, inquam, regulam non eſſe perpetuam, probatur *per d.l.1.C.de pact.pign.* vbi pactum nihil operatur vltra jus commune, cuiuſmodi etiam pactum eſt, *in l. 3. C. de fideiuſſorib.* nec diſſimile in *l. quæſitum. 9. §.1. de diſtr.pign.* quin & tale pactum eſt, quo permittitur creditori jus pignoris vendendi, vt infr. *lib.* 3. dicemus. Sed vt ad rem noſtram redeamus, ad pactum commiſſorium, quod verbis obliquis conceptum Dd. dicunt, referendum erit

9 pactum quod proponitur in *l. ſi fundus. 16. §. vlt. de pignorib.* vt ſi pecunia ſoluta non ſit, creditor poſſideat rem, juſto pretio *tunc* æſtimandam: nam & pactio iſta, qua conuenit, vt debitor rem cedat, vel in ſolutum det, particulam Tunc implicitam habere videtur, quamuis hoc diuerſum ſit in ſpecie *d.l.16.§.vlt.* quod eo caſu creditor videtur omnino defendi poſſe exceptione contra debitorem, qui velit offerre pecuniam, ſiquidem velit creditor juſta facta æſtimatione rem retinere: vt adeo ſi verba ſpectemus, magis videatur pactum commiſſorium directum: quod ideo toleratur, quia iniquitas eius hîc ceſſat, cum creditor retineat rem titulo empti, non ſimpliciter pro pecunia, quam mutuam dedit, ſed pro juſto pretio, ita vt quod huic deeſt, ſupplere teneatur. Idque, & quod cogatur debitor relinquere creditori rem pro juſto pretio, vigore conuentionis, inde confirmatur, quod in extremo

§.ſub-

Digitized by Google

§. ſubijcitur, videri venditionem contractam conditionalem: conditione autem exiſtente ex conuentione vterque contrahens obſtringitur. Et hoc ipſum tamen ſcrupulum habet, quomodo videri poſſit contracta venditio conditionalis, cum pretio nullo certo definito, nulla omninò poſſit eſſe venditio, nec conditionalis: conditio enim hoc operatur, vt purificet actum & retrotrahat; non poteſt autem purificari emtio, quæ non habet pretium, quod ad eius pertinet eſſentiam. Quæ res mouit *Ant. Fabr. vt decad. 21. cap. 7.* verba *d. l. 16. §. vlt.* (*hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio*) expungenda cenſeat vt ſpuria & irreptitia. Nec nodum ſoluunt gloſſatores, dum monent, æſtimationem referri ad juſtum pretium commune, vel judicis arbitrio definiendum: neque enim natura venditonis ſub huiusmodi relatione conſiſtere poteſt: quod vel oſtendit *l. vlt. C. de contr. emt.* Ego ſimpliciter dicam; quod in *d. l. 16. §. vlt.* vt non ſoluta pecunia creditor rem habeat emptam pro ipſa pecunia mutuo data, tacite conferatur cum pacto, aut potius ei opponatur, quo conuenit, vt creditor habeat rem emptam pro juſto pretio tunc æſtimando aut definiendo. Jllud pactũ improbatum eſt, (vtiq; poſt *l. vlt. C. de pact. pign.* juxta quam forte mutauit Tribon. reſponſum JCti, *in d. l. 16. §. vlt.*) quia ſimpliciter facit rem creditoris pro pecunia mutuo data, quæ non exæquat proportionem juſti pretij: Hoc pactum admiſſum eſt, quoniam conditio rei æſtimandæ iuſto pretio, tollit vitium pacti commiſſorij: Et quia non ſtatim contrahitur emptio in diem non ſolutæ pecuniæ, ſed eius celebratio differtur, ſub iſta cõditione, ſi non fuerit ſolutio facta, & conſenſus in rem certam adeſt, non omninò ineptè, licet non omninò propriè, dicitur contracta emtio conditionalis: quæ improprietas duplici verbo, *videtur*, &, *quodammodo*, deſignatur. Illud ex prædictis conſtare poteſt, & debet non valere pactum vt debitori nunquam liceat licere pignus, vt rectè *Neguz. p. 4. n. 30. & ſeqq.* ſicut & ex aduerſo conſtare poteſt, licitum eſſe pactum, nec quidquam cum pacto commiſſorio habere commune, quod proponitur *in l. Gaius. 39. de pign. act.* vt certo tempore creditor poſſideat pignus, & ex eo in compenſationem & ſortis & vſurarum percipiat fructus. Et hæc de pacto commiſſorio ſufficiant.

Capvt Vltimvm.

PRopoſuimus hactenus varias diuiſiones pignoris & hypothecæ, à cauſa efficiente, à forma, ab accidentibus itidem & pactis pignorum. Addamus itaque & hanc, quod hypotheca aut contrahitur purè, aut ſub conditione in diem: Commune id habet cum alijs iſta conuentio: Sed iſtud obſeruandum, quod conditio quædam inſit & tacitè: ſi videlicet ipſa principalis obligatio habeat conditionem: quæ antequàm exiſtat, pignus non obligatur. *l. res. 5. in f. de pignorib. l. grege. 13. §. ſi ſub pen. in pr. eod. tit.* Ruſus ſi debitum ſit purum & præſens, ſub conditone autem contracta hypotheca, & debitor in mora ſit, licet debitori res ſub conditione nexa hypothecaria actione interim auferri non poſſit, tamen cauere debitor interim tenetur, ſi exiſtat hypothecæ conditio, nec ſoluatur debita pecunia, reſtitutum in pignus, vt docet JCtus *in. d. l. grege. 13. §. pen. in f. d. pignorib.* quæ ſingularis præſtatio hypothecariæ actionis notanda eſt. Eadem eſt diei ratio, qui cenſetur adiectus tacitè, vbi principalis obligatio diem habet, vt eo caſu nec ante diem pignus creditor perſequi poſſit. *l. ſoluitur. 5. §. 1. Quib. mod. pign. ſolu.* de quo pluribus & ad *l. quæſitum. 14. in pr. de pignorib.* quæ ſcrupulum mouet, infr. vbi de hypothecaria actione. Quin & dies ſimul & conditio ineſſe hypothecæ cenſetur, ſi fructus naſcituri ſint obligati: quoniam ſubintelliguntur obligati, Si & Cvm naſcentur. *arg. l. interdum. 73. de V. O.* (de quo inf. *lib. 2. de Rebus* agemus) vbi adde quod Dd. notant, ſi hypotheca habeat diem, & debitor incipiat eſſe ſuſpectus, poſſe agi ante diem, *Neguzant. part. 8. membr. 1. n. 47.* Atq; ita vbi conditio vel dies adijcitur per modum termini à quo: Sin adiecta ſint per modum termini ad quem, adueniente conditione vel die, ſicut aliæ obligationes, ita hæc quoque pignoris obligatio, vel ipſo jure vel per exceptionem finietur aut elidetur: quod ex locis communibus finiendarum obligationum petendarum, & huc referendum eſt.

Finis Libri Primi.

LIBER

LIBER SECVNDVS.

DE PIGNORIBVS ET HYPOTHECIS:

In quo de perſonis & rebus, quæ pignori dare vel dari poſſint, tractatur.

CAPVT I.

1. *Pignoris obligatio quomodo ſit neceſſoria, & n.6.*
2. *Naturali obligationi accedit pignus.*
3. *Quid de nuda ciuili.*
4. *Quid de præſumtione mixta.*
5. *Quid in cauſis criminalibus.*
6. *De fine pignoris.*
7. *Pignus verè eſt, licet minoris ſit, quam debeatur. contra Dd.*

DIXIMVS *lib.*1.in definitione pignoris, quid ſit jus in re in ſecuritatem debiti conſtitutum. Ex quo efficitur, ante omnia oportere præexiſtere obligationem & debitum, pro cuius ſecuritate res ſit obſtricta. De quo ſimul & de fine pignoris, quod ibi omiſimus, *d. lib.*1.*c.*2.*in fin.* nos hoc loco promiſimus eſſe pluribus acturos. Et nimirum hypothecæ obligatio ſiue pignoris cõtractus ſunt acceſſoria ad principalẽ obligationem, licet & ipſa per ſe ſubſiſtentẽ & ſeparatã habeant naturã. Et ſunt enim duo genera acceſſoriorum: Alterum eorũ quod ita accedunt, vt planè ab altero diſpendeant, & ſine eo prorſus ſubſiſtere non pon poſſint, & cõiunctã cũ

 prin-

principali naturam & eſſentiam habeant. Huiuſmodi acceſſorium hypotheca aut pignus non eſt, ſed conſtituuntur proprijs & ſeparatis conuentionibus: ſicut & fideiuſſio conſtitutum, & quæuis ferè ſtipulatio: itaque & veræ & propriæ ſunt conuentiones, adeo quidem vt ſæpe ſublata obligatione principali pignoris obligatio nihilominus duret, vt *infr. Lib. vlt.* in materia diſſolutionis pignoris oſtendemus. Sed interim tantum hoc verum eſt, quod initio ſi nulla obligatio principalis adſit, nec pignoris obligatio conſtitui & conſiſtere poſſit. Cui tamen non pauci citati à *Neguzant. part. 3. memb. 1. n. 10.* obijciunt, quod hypotheca, quam liberi in bonis patris habent, incipiat à tempore adminiſtrationis, *l. cum oportet. § vlt. C. de bon. quæ lib.* & tamen pater obligetur demum ex eo tempore, quo bona malè adminiſtrare cepit. Sed hæc adſumptio falſa eſt: Neque confugiendum hic ad diſtinctionem inanem *Neguzantij*, inter obligationem generalem aut primæuam, & ſpecialem ſiue ſecundariam: ſed ſimpliciter dicendum, quod ſemel vna obligatio oriatur initio adminiſtrationis in qua venit, & quâ comprehenditur, quidquid quandocunque non ex fide geſtum eſt: Sicut neq; dubitatur, quin initio dũ tutor incipit gerere & adminiſtrare, naſcatur obligatio cũ hypotheca, qua obligatione multæ & variæ præſtationes continentur: & aut alius quis, ſed ineptè, dixerit, v. c. ex commodato aut depoſito, ob culpam vel dolum poſteà admiſſum, naſci nouam obligationem & ſpecialem. Pignus porrò & hypotheca obligationi cuicunque accedit: quod apparebit, ſi per omnes ſpecies obligationum eas: & ſiue eæ naſcantur ex delicto, ſiue ex contractu, & ſiue ſint ex contractu vero vel quaſi; ſiue ineantur, re, verbis aut conſenſu: & rurſus ſiue ex contractibus oriantur nominatis, ſiue innominatis, rectè pignus accedit: niſi forte v. c. propter contrahentis perſonam ſit improbata obligatio: & quo non tenet pignus ſiue hypotheca, quæ etiam ab alio pro filiofam. mutuum ſumente, aut muliere fideiubente data eſt. *l. 2. quæ res pignori vel hypot.* Quod generale eſt, vt obligationi inutili non rectè accedat pignus, cui obſtare videtur *l. etſi is. 9. C. de præd. min.* vbi licet alienatio nulla ſit, tamen pignora tenentur quæ curator obligauit. Puto id ideo eſſe, quia mera ciuili lege obligatio irritatur, à qua diuerſa eſt obligatio de euictione, quæ non eſt improbata: & curatori factum proprium nocere debet, qui diſtraxit tamquam ex officio, & res ſuas pignori dedit. Rurſus obligatio vel eſt ciuilis, vel naturalis: & vtraque vel mixta, vel nuda. Obligationi mixtæ, quæ in

jure

jure noſtro ſimpliciter per ciuilem ſolet intelligi, ſine controuerſia
rectè accedit hypotheca, ſub qua etiam hîc intelligimus obligationes
ex jure prætorio introductas, quarum mentio in *l. 5. de pignorib.* Idem 2
de naturali probat: *l. 5. in f. pr. de pignor.* idque adeo verum eſt, vt ſi mix-
ta obligatio fuerit, ſublato etiam vinculo ciuili duret pignus, *argum. l.*
quæſitum. 14. §. 1. *de pign.* ibi, *perſeuerat pignus.* de quo plura *infr. l.* 5. in
quæſt. an ſublata obligatione principali duret pignus? Nec quidquam
intereſt, an obligatio naturalis ſit ob qualitatem conuentionis, vt quæ
ſit ex nudo pacto, an ob qualitatem perſonæ contrahentis, veluti ſi
ſeruus contraxerit *arg. §. 1. Inſt. de fideiuſſ. l. naturaliter.* 13. §. 1. *de cond.*
indeb. ex qua apparet ita rectè accedere pignus obligationi, (aliàs enim
non verè accedere diceretur) vt hypothecariæ actioni ſit locus (de quo
infr.) nam ita & in fideiuſſore obtinet, qui rectè accedit obligationi
naturali: idque in terminis noſtris notat *Salic. in auth. hoc ſi debitor.* C. *de*
pign. n. 9. *quæſt.* 10. Sed an etiam rectè accedit obligationi ciuili, quæ
nuda dicitur? Negandum puto: quoniam hæc deſtituitur vinculo æ- 3
quitatis. *l. Stichum.* 95. §. 4. *de ſolut.* tanto magis, quod pignoris effectus
ferè deſcēdit ex Edicto prætoris, qui ſectatur æquitatem: Et nos alibi
nec fideiuſſorem huic obligationi rectè accedere probauimus. Argu-
mentum porrò præbet, quod huiuſmodi obligatio ciuilis nuda non
rectè conſtituitur, *l. 3. §. 1. de conſtit. pecun.* quod tale debitum non com-
penſatur, *l. 14. de compenſ.* nec parit retentionem *l. qui except.* 40. *in pr. de*
cond. ind. Loquimur autem de obligatione quæ verè nuda ciuilis eſt, 4
& ex qua ipſo jure competens actio, exceptione doli, metus, pacti, ju-
risiurandi, aut qua alia ſimili repellitur & eliditur: Ceteroquin eſt alia
ſpecies obligationis, quæ nuda ciuilis in rei veritate eſſe poteſt, & ali-
quando eſt, ſed quæ præſumitur eſſe mixta, & ſimul ſcil. naturalis, ſci-
licet quæ oritur ex judicato, pro ſententia enim præſumitur, & ea pro
veritate habetur: item ea, quam Juſtin. ex literis appellat, vbi quis
chirographo confeſſus eſt, ſe accepiſſe pecuniam; & pro eius enim
confeſſione præſumitur, & creditur, eam eſſe veram: & ita diſtinguit
ipſe *Bart. in l. 1. de fideiuſſor. n. 3.* De criminalibus cauſis quid dicemus? 5
Crediderim ferè idem hîc eſſe ſtatuendum, quod de fideiuſſoribus.
Et nimirum vbi de pœna pecuniaria fiſco applicanda & damnato irro-
ganda quæritur, ſicut fideiuſſor, ita haud dubiè & pignora, quæ vel
ipſe reus vel alius det, accedere rectè poſſunt. In cauſis grauioribus, &
vbi pœna corpori infligenda eſt, quoad ipſam pœnam nec fideiuſſo-

res nec pignora admittuntur: Sed vbi de debito perſonæ non conſtat,
& illa honeſtioris vitæ & in dignitate poſita eſt, ſolent admitti fideiuſ-
ſores de judicio ſiſtendo: qui id ſub certa ferè quantitate promittunt:
poſſint eadem ratione admitti pignora, niſi quod in prætorijs iſtis ſa-
tisdationibus ferè requiruntur fideiuſſores, *l. prætoria. 7. de prætor. ſtip.*
vbi quoad pignora ab ipſo reo danda, hoc quoque occurrit, quod re-
orum ipſorum damnatorum bona rediguntur in fiſcum, (licet hoc
jure nouiſſimo in pleriſque cauſis mutatum ſit, N. 134. *in fin.* & præ-
terea reatu durante ipſi nihil alienare poſſunt: ſed de hac re non eſt
6 hic locus prolixius tractandi. Prorſus vt tractauimus, vt pignoris
conſiſtat obligatio, oportet poni initio aliam principalem, cui acce-
dant pignora ſiue hypothecæ. Et hinc enim eſt, quod ſi in futurum
collata ſit principalis obligatio, ipſa ſimul obligatio pignorum ſit in
ſuſpenſo: quod de fideiuſſoribus (& eſt eadem pignorum ratio) tra-
ditum legimus in *l. non 35. de judicijs.* & in *l. fideiuſſor. 57. de fideiuſſor.* Ra-
tione eadem fit, vt is qui tantum ſolutionis cauſa adiectus eſt, non re-
ctè accipiat pignus, *l. 15. qui 33. de pignor.* Itemque quod ſi juxta con-
uentionem pecuniæ numeratio ſecuta non ſit, nec hypothecæ obli-
gatio naſcatur, *l. 1. & 2. C. ſi pign. conu. num.* ita vt pignus vindicari poſ-
ſit, *d. l. 1. & 2.* cum qua vindicatione an actio pignoratitia concurrat,
per *l. ſolutum. 11. §. 2. de pign. act. infr. lib. vlt. in fin.* videbimus. Illud hoc
loco tamen notandum eſt, pignus vt obligetur, non præciſè neceſſe
eſſe, vt pecunia debeatur, ſed & ob aliam cauſam poſſe pignus dari,
velut vt pro ſe fideiubeat, *l. ſi rem. 9. §. 1. de pign. act.* Et tamen ſi credi-
ta hic fuerit pecunia, re ipſa & effectu pro ea pecunia pignus tenetur,
vt parum ſubtiles ſint, qui ad eum locum annotant pignus obligari
pro facto. Illud etiam adijciendum, quod pignus & pro ſua & prô
aliena obligatione rectè detur: quod dicemus *cap. ſeq. de perſonis ſub fi-*
6 *nem.* Addamus aliquid de fine pignoris. Diximus *libr. 1. cap. 2.* fi-
nem principalem pignoris eſſe, vt credirori ſit cautum: & vt ſcilicet
ſi non ſoluatur, rem diſtrahere & inde ſibi ſatisfacere liceat creditori
de quo lib ſeq. & facit pignus, vt aliquando ſublata licet principali ob-
ligatione, perſequendo pignus quis pecuniam conſequetur, vt tracta-
bimus *infr. lib. 5. de modo ſolu. pingoris. c. 2.* Notant & finem alium ſe-
cundarium Dd. vt quis poſſit accipere pecuniam mutuam, vel vt aliàs
ſibi credatur, & habeatur fides. *§. vlt. quib. modis re contr.* vbi Juſtini-
anus ait, & creditoris & debitoris gratia pignus dari: Et eſt vero idem
qui

Digitized by Google

qui pignoris & hypothecæ finis. Et hinc cum pignoris quo ad creditorem is finis ſit, vt ei cautum ſit, creditor alio & ad alium finem pignus ſibi traditum haud poteſt transferre: adeo quidem vt ſi pignore vtatur, furtum committatur juxta, *l. ſi pignore. 54. de furt.* niſi res eius naturæ ſit, vt fructus ex ſe ferat, quos perceptos creditor imputat in debitum, aut antichreſi contracta lucratur & computat cum vſuris juxta ea quæ diximus libr. præced. Et hinc porrò quoniam in ſecuritatem debiti res obligatur, fit vt plerunq; pignus maioris ſit & plus valeat, quam eſt in debito. Quod tamen minimè pertinet ad eſſentiam pignoris, &, ſi creditor rem minoris valoris accipiat, non ob id natura pignoris mutatur. Et prorſus falſa habenda eſt opinio, quam ex Dd. *Neguz. p.3. m.1. n. 27.* refert & probat, quod ſi pro debito ſummæ maioris aliquanto res obligatur, non tam pignus id ſit, quam rei alienatio, vt maximè enim fortaſſis luere rem pignoratam debitor non poſſit, id ex accidenti & propter eius inopiam accidit: neque ob id eſſentia pignoris mutatur aut transformatur: Et id perſæpe etiam accidit, vbi pignus longè valeat pluris: & quodcunq; pignus tandem ſit, non ſoluta pecunia, illud ſibi non poteſt dominij jure vindicare creditor, ſed legitimo modo illud diſtrahere tenetur, niſi debitor id vltro det in ſolutum. Ex quo intelligi poteſt, quam falſa ſint, quæ ex tam falſo præſuppoſito ibidem infert *Neguzant.* veluti, quod hoc caſu, res in dominio omnino creditoris eſſe cenſeatur: Item quod creditor fructus perceptos ex re pignorata, non imputet in debitum, ſed faciat ſuos quo quidē abſurdius nihil aut falſius fingi poteſt: & miror hæc portenta opinionum Interpp. placere potuiſſe: & adde quæ dicemus cap. ſeq. circa oppignorationem rei Emphyteuticæ.

CA-

Digitized by Google

CAPVT II.

De Rebus & Perſonis.

1. *Ad l. 1. §. 2. quæ res pign. & l. 24. de pignor.*
2. *Rem oppignoratam oportet eſſe in bonis debitoris, & n. 4.*
3. *Et quid ſi res alteri ſit reſtituenda aut alienari prohibita:*
4. *Oportet pignori dantem & jus adminiſtrandi habere.*
5. *De re Emphyteutica.*
6. *Ad l. 101. in pr. de legat. 3.*
7. *De re feudali.*
8. *De pupillis & minoribus.*
9. *Ad l. 1. §. vlt. & ſeq. l. de reb. cor.*
10. *Fructuarius rem pignorare non poteſt.*
11. *Ad l. fructus. 72. d. R. I.*
12. *An procurator pignorare poßit?*
13. *An tutores vel curatores?*
14. *Ad l. 16. in pr. de pign. act.*
15. *De ratihabitione.*
16. *An liberi & ſerui poßint pignorare?*
17. *De eo qui pro alio rem obligat.*
18. *Tacita obligatio & ratihabitio, & quid ſi quis ſubſcribat inſtrumento?*

IAM ad materiam propriam huius libri accedamus. Pignus eſt ius in re: & rem igitur aliquam, cui inhæreat obligatio pignoris, ſubiectam eſſe oportet. Et traditur pro regula. Quæcunque ſunt in bonis noſtris, ea pignori obligari poſſe, *l. quæ prædium. 6. C. ſi alien. res pign.* Eodemque pertinet regula *l. ſed & 9. §. 1. de pign.* Quod recipit venditionẽ, idem & pignorari poſſe: (cui non obſtare, quod res aliena vendi poteſt, ſed pignori dari non poteſt, paulo poſt faciemus planum.) itemque *l. 1. §. 2. Quæ res pign.* quam quis rem emere non poteſt, eam nec
1 pignori accipere poſſe. Cui non obſtat *l. in quorum. 24. de pignoribus.* vbi dicitur, in quorum finibus quis emere prohibetur, in ijs pignus accipere non prohiberi: vel quia diſtinguendum eſt cum Doctoribus inter prohibitionem Legis & judicis: vel quia intereſt, an quis ideo prohibeatur

hibeatur emere rem, quod eius commercium non habet, an ob aliam cauſam: vel quia quod non longè hinc abit, intereſt, an prohibitionis cauſa ſit in perſonæ vel rei qualitate, an pendeat à qualitate loci: velut magiſtratus prouinciales, emere in pecunia dum magiſtratus ſunt, prohibiti, pignori accipere non vetantur. Debet igitur res in debito- 2
ris bonis eſſe, ſi conſiſtere pignus debet: quod Imp. in *d. l. 6. C. ſi res al.* inde confirmat, quod creditorem, qui actione hypothecaria (in quo præcipuus pignoris eſt effectus) experitur, neceſſe habet probare, rem fuiſſe debitoris in bonis, & ſcil. quod debitor eam bona fide poſſederit: nam præcisè in dominio debitoris eam fuiſſe non tenetur probare: de quo pluribus *lib. ſeq. vbi de hypothec. actione.* Oportet rem ita eſſe 3
in bonis aut dominio, vt non ſit affecta alteri cui reſtitui debeat, nec alienari prohibita. Hinc res ſubiecta fideicommiſſo purè aut in diem certum non rectè obligatur pignori, ex *l. 3. §. 2. C. commun. de legat.* & idem Imper. Juſtinianus generaliter diſpoſuit, *in l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* alienatione rei prohibita, hypothecæ quoque aut pignoris nexum prohibitum intelligi: idque non immeritò; quoniam per oppignorationem ad venditionem peruenitur: & finis hic pignoris eſt, vt pecunia non ſoluta liceat id vendere & diſtrahere: adeo quidem, vt pactum, ne liceat hypothecam aut pignus vendere, ſit inualidum, vt dicemus *libro ſeq.* Ex quo etiam eſſe videtur, vt ſi donatam rem coniugi, coniux oppignorauerit, videatur donationem revocaſſe *l. cum hic ſtatus. 32. §. ſi maritus. 5. de donat. int. vir. &c.* quod tamen rectius reſtringitur ad oppignorationem in ſpecie dictam, vbi res tradita eſt: alioquin ſecus obtinere, argumentum præbet, quod legatum non cenſetur reuocatum, ſi teſtator rem hypothecæ obligauerit. *§. ſi rem. 12. verſ. ijdē. Inſt. de legat.* Limitantur iſta, ſi res ſit affecta, v. c. ex diſpoſitione teſtatoris aut legis. Etenim ſi quis v. c. ipſe rem crediderit, & necdum tradiderit, crediderim pignus ſubſiſtere. Prorſus cum ex jure pignoris, creditor conſequatur jus rem perſequendi contra quemcunque poſſeſſorem, & porrò vendendi, nec quisquam in alium transferre poſſit, quod ipſe non habet, oportet & eum qui rem pignori dat vel obligat, jus rem perſequendi & vendendi habere: quod vero habet, nemo, niſi qui dominus eſt, aut vtique rem in bonis habet, & poſſidet pro ſuo. Et proinde neceſſum eſt, vt præter dominium & jus ad- 4
miniſtrandi habeat: adeoque, quicunque ſub tutela & cura ſunt aliorum, ſicut vendere & alienare non poſſunt, ita nec jus obligandi rem

hypothecæ aut pignori dandi habent. Et hinc in *l. vlt. C. ſi res alien.* nexum, inquiunt Impp. non faciunt prædiorum, niſi, Qui Iᴠʀᴇ poſſunt obligare: & in *l. ſi conuenerit* 18. *§. vlt. de pign. act.* à iure alienandi infertur ad ius pignorandi. Et in *l. tutor* 16. *§. vlt eod. tit.* hæc ratio redditur cur pignus ſubſiſtat, quoniam vtilis actio in rem competat ei qui obligauit. Et in *l. vbi* 4. *§. ſed &* 3. *de in diem add.* dominium in pignorante requiritur: quamuis vt diximus, id præciſè & omnino neceſſarium non ſit, niſi dominium latius accipias, pro iure dominio proximo, & pro dominio quoque præſumptiuo, & quod Edicto ſuo prætor defendit per actionem Publicianam, dum eum qui bona fide & iuſto titulo rem tenet, interim pro domino habet, qui nimirum in ſpecie rem dicitur habere in bonis. Etenim, vt pignus ſubſiſtat, non neceſſe eſt, vt quis ſit dominus (vt loquamur ex ratione iuris veteris.) Quiritarius, ſed & ſufficit dominium bonitarium, & quod prætor pro dominio habet: Et juxta hodiernam diſtinctionem ſufficit etiam dominiū vtile (de qua diſtinctione dominii alibi agitur) vt pignus ſubſiſtat Secundum hæc qui bonorum poſſeſſionem ex Edicto delatam agnouit, qui ex ſecundo decreto ex cauſa damni infecti in poſſeſſionem miſſus eſt, & ſi qui ſunt id genus alii, cum pro dominis habeantur, recte res pignori obligant. Huc etiam pertinet, vt paulo ante diximus, qui bona fide & iuſto titulo rem tenet, & quē prætor tuetur per Publicianam, & eodem modo hunc qui ab eo rem pignori accepit, per Seruianam *l. ſi ab eo* 18. *l. ſi inter* 21. *§.* 1. *de pignor.* Item huc pertinent, qui ius dominio proximum, habent, quod vtile Dd. appellant. Ex quorum numero eſt ſuperficiarius, de quo in terminis in *l. tutor.* 16. *§. vlt. de pign. act. l. etiam* 15 *qui potior. l. grege* 13. *§. & in* 3. *de pignorib.* Et ex hac ratione pignus ab eo conſtitutum defendit ICtus, quoniam hodie vtiles in rem
5 habeat actiones. Emphyteuta, de quo attigimus aliquid *lib.* 1. vbi de generali hypotheca, & confutauimus opinionem illorum, qui emphyteuticum prædium referunt inter illa quorum alienatio prohibita eſt: Et cum ibidem probauerimus, etiam in generali hypotheca venire bona Emphyteutica, multo magis in ſpecie poterunt obligari: ita nimirum, vt id fiat citra præiudicium domini directi, qui iure ſuo rem occupat, non obſtante pignore, ſi ex iure probatis cauſis res fiat caduca: (de quo & *infr. de modis ſoluendi pignoris agemus*) *l. etiam* 15. *Qui pot. l. lex vectigali* 31. *in f. de pignorib.* Limitationem quidam addunt, niſi pro quantitate pretium eius exæquante aut excedente, fuerit res oppignora-

pignora-

Digitized by Google

pignorata, ita vt non ſit ſpes luitionis. Ratio huius ſententię eſt. Quoniam huiuſmodi oppignoratio habeatur pro alienatione: emphyteuticum autem prædium alienari non poſſit. Hæc communis opinio quidem eſt, teſte *Soarez in eorum opin. lit. P. n. 123.* Et per ea quæ notat *Neguz. ſub fin. cap. præc. allegatus* eamque probat *Alex. in l. 1. §. per ſeruũ corp. 15. in f. de adq. poſſ.* citaturque eiuſdem ſententiæ aſſertor *Iaſon in d. §. 15.* (apud quem tamen id in meo exemplari non reperio) & plura in eam rem cumulat *Gomer. 1. var. res vlt. n. 39.* Sed vt maxime iſta opinio ſit communis, non dubito tamen eſſe eam falſam per rationes ſub *fin. cap. præc.* adductas: cum præſertim falſum ſit, quod præſupponunt, Emphyteuticum prædium alienari non poſſe. Et quid, an non poterit debitor oblata pecunia agere pignoratitia actione pro re ſua recuperanda quam pignori dedit? aut an poterit creditor propria autoritate rem ſibi aſſerere? Hæc vtique perſpicue abſurda ſunt & contra manifeſtos textus iuris. Et vnde verò hæc metamorphoſis & tranſmutatio pignoris in venditionem, de qua nihil actum eſt? Nullus color tam falſæ ſententiæ dari poteſt, nec dubitem iſtud inter veterum Interpretum craſſiores errores referre. Et miror eos deceptos fuiſſe vnico textu in *l. qui habebat 101. in pr. de legat. 3.* Nam 1. nec verbulum ibi 6 probatur, quod prædia pro quantitate excedente aut exęquante pretium eorum fuerint pignori data: ſed ſimpliciter proponitur, teſtatorem prædia pignori habuiſſe. Deinde poteſt ille locus intelligi de caſu quo debitor poſt longam moram prædia quaſi in ſolutum reliquit creditori, qui deſperata ſolutione ea quaſi pro ſuis poſſidere cepit. Sed & 3. in primis iuxta ſubiectam materiam ille locus explicari poteſt & debet: quod nimirum intelligantur prædia in patrimonium creditoris redacta, non ſimpliciter, ſed ad eum effectum, vt contineantur legato, & veniant appellatione rerum poſſeſſarum, ſaluo tamen iure debitoris. Et 4. denique dicam debere intelligi redacta in patrimonium creditoris, certis modis & legitimis. Sane quæuis potius explicatio, quam tam abſurda opinio admittenda eſt: maxime poſt *l. vlt. C. de iur. don. imp.* vbi tam ſollicite debitoribus cauit Iuſtin. vt ne facile res à ſe pignoratas, amittant. Alia à quibuſdam limitatio traditur: poſſe oppignorari pręditũ emphyteuticum, ſi emphyteuta canonẽ ſoluat ſed hæc inſubtilis & inepta eſt: quoniam aut ceſſauit in ſolutione, ante opipgnorationem, & vtente domino iure ſuo pignus eſt nullum; aut poſt, & pignus ipſo iure fit validum, ſed ſi exerceat dominus ius ſuum, ſoluitur *l. 31. de pignorib.* Nec quidquam facit *l. etiam 15. Qui*

potior. quæ non dicit rectè oppignorari ſuperficiem, ſi ſoluatur ſolarium: ſed, ſi oppignorata ſit, jus domini eſſe potius jure creditoris, ſi non
7 ſoluto ſolario res fiat caduca & redeat ad dominum. Feudi oppignoratio ſicut & alienatio prohibita eſt cōſtitutione Lotharij & Friderici, 2.*feud.* 52. *&* 55. Sunt pauci qui ad id pignus in ſpecie acceptum, cuius poſſeſſio tradita eſt, reſtringunt, & in hypotheca ſecus eſſe putant. Sed contraria communis opinio rectè ſe habet: Cum LL. illæ in genere loquantur de pignore, quod juxta communem loquendi vſum & hypothecam continet. 2. quia Fridericus vetat, vt ne pignori obligentur. 3. quia per hypothecam quoq; conſtituitur jus reale, cuius vigore creditor rem perſequi, auocare & diſtrahere poteſt. Et hinc 4. quod cum hypothecam quoq; diſtrahere poſſit, hic quoq; militat expreſſa conſtitutionis prohibitiuæ ratio, quod milites diſtinctis feudis ſeruitia militaria præſtare non poſſint. Illa alia quæſtio eſt, an ſi traditio ſecuta non fuerit, res fiat caduca. Ego intereſſe dixerim, an res ex natura conuentionis ſit tradenda nec ne: Illo caſu ſi non ſit res tradita, poſſit præſumi pœnitentia. Hoc caſu non poteſt: Itaque dixerim, ſi vaſallus hypothecæ obligauerit feudum, eum incurrere in pœnam:
8 contra quam putat *Neguzant. p.* 2. *memb.* 3. *n.* 78. Jam vt ad ceteras perſonas quæ oppignorare non poſſunt vel poſſunt, redeamus, pupilli & minores non poſſunt: *l.* 1. *in pr. quæ res pign.* nam vtcunque minorem etiam ſine curatore obligari poſſe ſtatuas, quod multi ex Neotericis putant, attamen hic non de ſimplici obligatione quæritur, ſed de jure in re conſtituendo: cuius vigore creditor rem auocare & diſtrahere
9 poſſit. Et à minori inutiliter rē pignori obligari, ſatis probat, *l.* 1. § *vlt. de reb. cor.* & c. ita quidem vt ſi de ruſticis prædijs agatur, nec curatoris conſenſus ſufficiat ſine decreto Prætoris, *d. l.* 1. *eod. tit.* Et tamen videtur limitationem ſuppeditare *l.* 2. *d. t.* ſi ſub hac lege emta fuerint prædia & accepta à minore, vt venditori eſſent obligata donec pretium ſoluatur: iniquum enim videtur, decipi venditorem, qui hac Lege prædia tradidit, & qui aliter & aliàs ea traditurus non fuiſſet; idque eſt quod ait Paulus, mouere hic, quod cum ipſo dominio eſt pignus quæſitum, & ab initio inhæſit obligatio: licet ſubtilis ratio quæ proponitur in *l.* 1. § *vlt.* repugnet, quod nimirum pignoris obligatio non teneat niſi pignorans ſit dominus, & vero obligare minor pignori rem ſuam non poſſit, adeo cum pignus non incipiat, niſi vbi & poſtquam minor dominus eſt jam factus, conſequenter obligatio pignoris con-

ſiſtere

Digitized by Google

ſiſtere jure non poſſit. In hac contentione ſummi juris & æquitatis,
media via electa eſt, vt reſcripto pignus confirmetur, ne iniuria vendi-
tori fiat: quod in *fin. d. l. 2.* docetur, licet *Ant. Fab. 8. coniect. 12.* à Tri-
boniano ea verba adiecta cenſeat. Extra eiusmodi perſonas, ceteri
qui rem in bonis, & earum adminiſtrationem habent, rectè pignori
dant aut obligant. Itaque & qui nudus proprietarius eſt, obligare rem
pignori poteſt, ſaluo jure vſusfructuarij vt reſcriptum eſt in *l. 2. C. de v-*
ſufr. ſicut & fructuarius ius ſuum obligare poteſt, de quo pòſt vbi de
ſeruitutibus, agemus. Sed rem ipſam cuius nudum habet vſum- 10
fructum oppignorare non poteſt: quod docet ratio, quam ante
de ſuperficiario & emphyteuta attulimus, quorum pignoratio
hinc defenditur, quod vtilem in rem actionem habent. Atquin fru-
ctuarius vſumfructum quidem actione confeſſoria vindicare poteſt,
ſed pro re ipſa vindicanda nec vtilem quidẽ habet actionem. Et cum
itaque effectus pignoris in eo conſiſtat, vt creditor rem vindicare, &
poſſeſſori cuiuis hypothecaria actione auferre poſſit, qui poterit fru-
ctuarius facere pignorandi vt hoc liceat creditori, quod ipſi plane non
licet: aut quomodo poterit ita contra textus & rationem manifeſtam,
lædere jus proprietarij, vt creditor ei rẽ auferre & vendere poſſit? aut ſi
non poteſt fructuarius, nec creditor, quod eos nõ poſſe certiſſimũ eſt,
quale tandẽ futurũ eſt hoc pignus, quod creditor vindicare & vendere
non poſſit, cum ſine jure vendendi nullum conſiſtat pignus? Et quo-
modo fructuarius poterit impedire quo minus dominus, rem ſuam
jure ſuo à quocunque poſſeſſore & ipſo quoque creditore venderet?
Accedit textus expreſſus in *l. 6. C. de vſufruct. & in l. 1. C. ſi pign. pign.* quod
vſufructuarius pignori proprietatẽ dare nõ poſſit. Quæ quidem cum
adeo manifeſta ſint, quis non miretur judicium Hun., qui *ad Tr. de pign.*
quæſt. 30. affirmare audet, quod fructuarius ipſam rem & proprietatem
pignori obligare poſſit: cuius rationibus, ſi ita appellandæ ſunt, ſi re-
ſpondere velim, fuerim ineptus. Nam quod attinet ad textus in *l. fru-* 11
ctus. 72. de R. I. junct. l. vlt. de vſur. vbi dicitur fructum rei eſſe, pignori
dare poſſe: reſponſio vna eſt, *Accurſij. in d. l. 6. C. de vſufr.* quod ſint
accipiendæ de domino rei, & quod pro parte fructuum, quos ille per-
cipit, fructum, & hoc habeatur, quod rem pignori dare poteſt. Sed
& procliue eſt reſpondere, ſententiam locorum eorum hanc eſſe, quã
& arguit particula VEL; quod etiam qui tantum rem pignori dare po-
teſt, qualis eſt v. c. creditor, *t. t. C. ſi pign. pignori.* cenſeatur aliquem eius

frẽtum habere: Sed peſſimè infertur, quod qui tantum fructũ nudum habet, protinus rem ipſam pignori dare poſſit. Et prorſus nemo ferat vt ex eiusmodi locis quis conetur apertiſſima juris principia, & certiſſimam euertere rationem.

12 Illud porrò non intereſt, an ab ipſis qui hoc jus habent, an ab alijs eorum mandato aut voluntate res fuerit obligata. Et ſi ſpeciale mandatum quis habuerit, res caret dubio *l. ſi inter. 21. in pr. h. t. l. 11. §. vlt. de pign. act.* Sed an & generalis procurator rem domini poterit obligare? Non videtur: per *l. 1. & l. vlt. C. ſi res alien.* vbi ſimpliciter procuratori negatur hoc jus, & de procuratore, qui mandatum habet ſpeciale, res certa eſt, vt proinde illi textus accipiendi ſint de procuratore generali: aut an explicamus eos, de procuratore ad agendum, aut ad aliam rem certam conſtituto? De quo ſane & cui cura prædij commiſſa eſt, videtur in *d. l. vlt.* agi. Sed præterea negantem ſententiam confirmat, quod eſt in *l. ſolutum. 11. §. vlt. cum l. ſeq. de pign. act.* procuratorem generalem poſſe pignori dare res domini, ſi ipſe dominus pecuniam ſub pignoribus ſolitus fuerit mutuam accipere: Et igitur à contrario ſenſu alius procurator quantumuis generalis facere id non poterit. Et adeo pignus datum inutile erit, niſi quoad retentionem, ſi probetur, pecuniam quam procurator accepit, & rem pignori pro ea ea dedit, in rem domini verſam eſſe, vt docet *d. l. 1. C. ſi res aliena, &c.* Atque ita quoque ſtatuunt Interpp. in procuratore generali ſimplici: at verò ſi ſit cum libera, vt loquuntur, adminiſtratione, jus pignori quoque rem obligandi, mandato contineri arbitrantur *Accurſius & ceteri in d. l. 11. §. vlt & l. ſeq. de pign. actione*: nec agendi pluribus de iſta diſtinctione mandati generalis in ſimplex & cum libera, locus eſt. Ex formula mandandi videatur id definiendum, quæ ita poſſit ampla & laxa eſſe, vt etiam contineatur jus pignorandi, cuiusmodi formula eſt *in l. cre-*

13 *ditor. 60. §. Lucius. 4. Mandati.* De tutoribus & curatoribus alia quæſtio eſt, an illi res pupillares vel minorum pignori obligare poſſint. Iſti quidem non à pupillis, ſed ab ipſa Lege mandatum quodammodo habere videntur, & quidem plus quam generale, & maximè cum libera, qua de cauſa & pro dominis eſſe dicuntur: *l. interdum. 56. §. 4. de furtis. l. tutor. 27. de admin. tut.* Sed tamen quia veri domini non ſunt, nec reuera voluntate dominorum id faciunt, pignoratio eorum non ipſo jure, ſed tuitione prætoris valet: quæ eſt ſententia *l. tutor. 16. in pr. de pign. act.* ibi *tuendum erit*, quæ formula loquendi vbique ſignificat, ipſo &

14 ſubtili jure actum non ſubſiſtere. Additur in *d. l. 16.* tuendum eſſe pignus,

gnus, quod tutor Lege non refragante dedit, quod vulgo referunt ad
SCtum, quo prohibita ſunt prædia ruſtica ſine decreto alienari aut
obligari *l. 1. & 3. & paſſim. de reb. eor. qui ſub tut.* Ego dixerim ea adie-
cta à Triboniano, propter *l. lex quæ 22. C. de adminiſtr. tut.* quod præſertim
haud temerè reperias in iure noſtro SCta appellari Leges, vix certè à
JCtis: nam *d. l. 22.* quam adducit *Cuiacius ad Paulum in d. l. 16.* Conſtan-
tini eſt: & poſteriores illi Impp. minus accuratè ſunt locuti; Et ergo
extra res in quibus decretum requiritur, quæ recenſentur in *d. l. 22. C.*
de adminiſt. tut. vtiliter tutor rem dabit pupilli pignori, ſed nimirum
quod vltro apertiſſimum eſt, dabit pignori cauſam & negotium pu-
pillare, dum contrahit in vtilitatem pupilli, non pro ſe & commodo
ſuo *l. 3. & pen. C. ſi res alien. d. l. 16. in pr. de pign. act.* quomodo & procura-
tor licet cum liberrima adminiſtratione, rem domini mandantis, non,
dum pro ſe contrahit, ſed dum negotia domini agit, pignori dare po-
teſt: idque ipſa nomina procuratoris & tutoris arguunt: & ineptum ſit
dubitare, num tutor rem pupilli vt ſuam, & pro ſe pignori nectere poſ-
ſit: vt hic Hunnij quoque judicium deſiderem, qui textus tamquam
inter ſe grauiter pugnantes opponit, cum hi tamen ipſi apertiſſimè,
quà pignorare rem pupilli tutori liceat, exponant. Et proinde igitur
qui à tutore rem pupilli accipit pignori, aliquà curioſus eſſe
debet, *arg. l. vlt. de exercit. act.* an videl. ad tutoris, an ad vtilitatem pu-
pilli, contractus & negotium pertineat. Ad hoc exemplum Syndicus,
ſi in rem ciuitatis pecuniam accipiat, rem eiuſdem pignori poterit ob-
ligare, *l. ſi quis. 11. de pignor in pr.* Si nimirum legitimè adminiſtratio ei
permiſſa fuerit, vt ex Dd. tractat *Neguz. p. 3. memb. 1. n. vlt.* Illud ni-
hil intereſt, an voluntas principalium præcedat, an ſequatur, veluti 15
ſi pignorationem ratam habeant. *l. ſi inter. 21. de pignorib.* quæ ratihabi-
tio retrotrahitur ad tempus, quo res data pignori fuit. *l. ſi fundus. 16. §. 1.*
de pignoribus: videlicet in præiudicium ratificantis, non tertij, & ſcil.
alterius creditoris, vti res ante ratihabitionem à domino rectè obliga-
ta fuit, quod benè ex Dd. notat *Neguzant. p. 3. membr. 1. n. 36. vers. ſed*
dubitatur. oportet vtique ratum habentem eſſe perſonam habilem,
quæ ipſa rectè det pignus, ideoque minoris ratihabitio inutilis eſt
l. pen. ibi *poſt perfectam ætatem. C. ſi alien. res: &c.* De liberis & ſeruis etiam 16
quæritur: Et juſſu domini vel patris eos pignori dare poſſe, conſtat: vbi
notandum eſt, quod ſi ſeruus juſſu domini omnia eius bona obligat,
ipſe ſeruus ea hypotheca generali continetur. *l. Paulus. 29. §. vlt. de pign.*

cui non

Digitized by Google

cui non obſtat, quod vulgo pro regula traditur, in generali quamuis ſermone non contineri perſonam loquentis: vel quia hic ſeruus non ſuſtinet tantum vicem perſonæ loquentis, ſed etiam rei quæ & ipſa eſt in bonis & patrimonio domini: vel quia ſerus interuenit tanquam nudum inſtrumentum, per quod ipſe dominus bona ſua obligare intelligitur. Extra juſſum domini vix tenebit pignus, quod filijfam. aut ſerui dederunt, præterquam ſi habeant peculij adminiſtrationem & ex negotio peculiari rem ipſius peculij obligent: de qua re ſunt textus *in l.* 1. §. 1. *quæ res pign. l.* 4. *& vlt. C. ſi res alien. l. ſi conuenerit.* 18. *cum l. ſeq. de pign. act. l. naturaliter.* 13. *in f. pr. de cond. indeb.*

17 Quæ de perſonis hactenus diximus, obtinent fere in propria & alena obligatione. Nam quod attigimus *cap. præced.* hactenus à fideiuſſione differt pignus, quod accedit & propriæ obligationi & alienæ. *l. res.* 5. §. *vlt. de pignoribus.* Et ſicut in membro præced. nihil intereſt, an ipſe pignus det pro obligatione alterius: an alius eius voluntate *l. aliena.* 20. *in pr. de pignorib.* & rurſus non intereſt, an fiat eo initio ſciente, an ignorante & poſtmodum ratum habente, *d. l.* 20. *in pr.* modo perſona talis ſit, quæ pro alio vtiliter ſciens pignus dare poſſit, ita nihil in

18 hoc membro intereſt. Qua de cauſa, cum datio pignoris ſit quædam ſpecies interceſſionis. *l. mulier.* 11. *C. de diſtr. pign.* fit, vt mulier pro alio rem ſuam vtiliter pignori obligare non poſſit, niſi quatenus illi pro quo pignus dedit, obligata fuit, & hactenus non alienum ſed proprium negotium geſſit, qui caſus eſt *l.* 1. § *vlt. de pignor.* Obligat autem quis rem ſuam pro alio aut expreſsè, aut tacitè, ita jure præſumente: veluti ſi ſciat rem ſuam pignori dari, & taceat diſſimuletq;, cum facilè creditorem monere poſſet: tunc enim ſibi præiudicat, & tacitè probaſſe factum alterius cenſetur. *l.* 2. *C. ſi res al.* in quibus terminis nec mulieri quidem ſuccurritur. *l. mulier.* 11. *C. de diſtract. pignor.* Item tacitæ approbationis ſpecies eſt, ſi quis pro eo qui rem ſuam oppignorauit, ſciens fideiubeat. *l. Pompon.* 5. §. *vlt. In quib. cauſ. pign. tac.* quod *lib. præced. c.* 13. inter ſpecies tacitæ hypothecæ retulimus. Tertio ſpecies tacitæ approbationis eſt, ſi quis ſubſcribat inſtrumento quo res ipſius obligata eſt, quoniam contenta inſtrumenti legiſſe & probaſſe intelligitur. *arg. l. ſicut.* 8. §. *non videtur.* 15. *quib. mod. pign. ſolu. fac. l. fideiuſſor.* 26. § 1. *de pignorib.* qua de re, & an quis præſentia aut ſubſcriptione ſua, in aliquo actu aut inſtrumento ſibi præiudicet, v. quæ tractant *Dd. in l. Gaius* 39. *de pignor. act. l. Titia.* 34. §. *Lucia.* 2. *de legat.* 2. *Socinus regula.* 385. *Maſcard. de probat. volum.* 3. *concluſ.* 1341. *Salicet. in d. l.* 39. Vbi ſex refert diſtinctiones

Digitized by Google

ones *Neguzant. p. 3. membr. 1. num. 6.* Ita quidem tacitè inducitur oppignoratio pro alio: ſed vix extra hos terminos, & minimè, vbi de proroganda obligatione ex præſumpto conſenſu quæritur. Et hinc enim eſt, quod licet tacitè renouata conductione, ſi finito tempore locator conductorem manere patiatur, cenſeantur repetita tacitè pignora, quæ conductor dedit, non tamen eadem præſumptio & productio locū habeat, ſi quis alius pro conductore vsq; ad certum tempus pignora obligauit, ſed expreſſo conſenſu nouo opus eſt, *l. item. 13. §. Qui impleto. 11. Locati.*

Atq; ita de priuatis perſonis, quæ vel pro ſua vel pro aliena obligatione conſtituunt pignus vel hypothecā. Idē poteſt magiſtratus, quā juſtitiam adminiſtrat, dum ex cauſa judicati, pro executione facienda rem debitoris condemnati, pignori capit, & diſtrahit: dum in bonorum poſſeſſionem debitoris latitantis immittit creditorem: de quibus ſpeciebus pignoris diximus *lib. præc.* Multo magis poteſt lex conſtituere pignus in bonis ciuium, quæ & regina ideo vocatur & *νόμος βασιλεὺς in l. 2. de LL.* & de varijs ſpeciebus hypothecæ legalis, itidem *lib. 1.* diſſeruimus.

CAPVT III.

De re aliena pignori data.

1. *Res aliena cur vendi poſſit, pignori dari non poſſit.*
2. *Ad l. 9. §. 1. de pignor.*
3. *An teſtator poſſit obligare rem heredis.*

POTEST intelligi ex his quæ hactenus & cap. præced. diximus, rem alienam, & quæ in bonis non eſt, non rectè obligari pignori. Id in *l. 6. C. ſi alien. res.* eo argum. probatur quod in hypothecaria actione, citra quam nullus aut exiguus futurus pignoris eſſet vſus, neceſſum eſt probare, rem fuiſſe in bonis debitoris: *d. l. 6. l. 1. in pr. & l. 3. de pignor. l. 2. in pr. de pign. act.* de quo plura lib. ſeq. Verum cum conſtet poſſe vendi rem alienam, differentiæ quæritur ratio, cur res aliena non poſſit obligari pignori: Non deſunt, qui differentiam iſtam venditionis & pignorationis eludunt, imo negant prorſus: & ex his magni nominis JCti *Pet. Faber. 2. ſemeſt. 18. Cuiac. ad N. 61.* qui exiſtimant,

Digitized by Google

eandem eſſe rationem pignoris & venditionis, ita vt & hæc pariter & illud non valeant in domini præiudicium, ſed valeant inter ipſos qui contraxerunt. Quæ poſterior pars falſa, & nec inter ipſos quidem cõtrahentes rectè conſiſtere pignoris obligationem verum eſt. Illud quidem certũ eſt, hactenus valere pignus rei alienæ, vt ſoluta pecunia pro eo repetendo debitor rectè experiatur, neq; enim creditor, poſtquam accepit pecuniam, dominij quæſtionem & quod res alterius ſit, poteſt mouere debitori, de quo inf. pluribus *lib.5. vbi de pign. act.* Sed & porrò hactenus conſiſtit rei alienæ pignus, vt creditor contra debitorẽ perſequi rem hypothecaria actione poſſit, nec enim debitor ſine turpitudine ſua excipere poſſit, de quo dicem⁹ *lib. ſeq.* vbi de actione hypothecaria. Sed nihilominus quoq; falſum eſt, quod omnibus caſibus extra præiudicium domini, valeat pign⁹ rei alienæ. Nam 1. ſi experiatur creditor hypothecaria contra poſſeſſorem tertiũ, exceptione repellitur, ſi rem in bonis debitoris fuiſſe non probauerit, vtcunq;, de domini præiudicio non agatur, & poſſeſſor dominus non ſit. Deinde & præcipuè apparet hoc in cõtractu pignoratitio reali. Cũ enim vendita re aliena, vtcunq; eam alienam appareat eſſe, emtor tamen quamdiu poteſt eam tenere & poſſidere, agere contra venditorem non poſſit, ſiquidẽ in caſum quo res ei auferatur, ſatis proſpectum ei eſt de euictione: idq; probant textus in *l.11 §.1. l.30. §.1. de act. empt. l.25. de contr. empt.* Cum ſe habeat, inquam, ita in venditione, at ſecus eſt in pignore, & nimirum, vt creditor, quamprimum probare poteſt, rem eſſe alienam pignori datã, licet necdum alius ea de re ipſi cõtrouerſiã moueat, poſſit experiri contrario pignoratitio judicio, vt res alij ei detur: quod probant *l. 9. in pr. l. tutor. 16. §.1. de pign. act. fac. l.38. de euict. l.6. C. ſi res alien. l. ſi quis. 36. de pign. act.* idque amplius licet debitor ſoluendo ſit. *l. cum debitore. 32. de pign. act.* & hinc nihil actum dicitur, ſi res aliena pignori data fuerit *l.2. de pign. act.* Nec eſt obſcura iſtius rei ratio: quoniam vt diximus emtori, licet res ſit aliena, & quæ poſtea ipſi per verum dominum auferatur, cautum eſt de euictione: atquin pro re aliena perſequenda inutilis eſt & nulla hypothecaria actio, ſi illa pignori data per dominum aut anteriorem creditorem fuerit euicta. Et ego hac de cauſa tentauerim, ſi res aliena non pignori data, ſed hypothecæ ſaltem nexa fuerit, & creditor reſciſcat rem alienam eſſe, quoniam propriam non habet actionem, & tamen per hypothecam iſtiuſmodi minimè ipſi eſt conſultum, poſſe eum aliud pignus impetrare obliquè: vt nimirum repetat pecuniam, & contra exceptionẽ debitoris, replicet, ſed nõ niſi ſub hypothe-

ca pe-

ea pecuniam daturum fuiſſe: itaq; cum hypotheca conſtituta in re aliena ipſi futura ſit inutilis, oportere debitorem aut pecuniam reſtituere, aut ſi ea juxta cõuentionem diutius vti velit, eum quoq; juxta eandem conuentionem hypothecam vtilē in re propria conſtituere. Atq; ita conſtituimus differentiam inter pignus & venditionem. Sed ratio eius adhuc quæritur, & cur venditor tradendo rem alienam ſatisfaciat obligationi ſuæ, non autem ſatisfaciat debitor: Putant ferè Interpp. rationem hanc eſſe, quia ex venditione tantum naſcatur actio perſonalis contra ipſum venditorem, & omnino inter ſolos cõtrahentes: Sed per pignorationem jus in re cõſtituitur, quod facit, vt naſcatur actio in rē contra poſſeſſorem etiam tertium, quam rationem ex *gloſſ. & Dd. refert Neguz. p. 2. memb. 3. n. 58.* eiusq; & meminit *Iaſon poſt alios in l. 1. §. per ſeruū corporaliter. 15. in pr. de adq. poß.* Sed iſta ratio apertè claudicat in altero membro, ſi illi putant, quod vbicunq; tantum oritur obligatio perſonalis citra jus in re, rectè interuenire rēm alienam. Quod quidem falſum eſſe demonſtratur nõ vno exemplo: verius enim eſt, quaſdam obligationes ita eſſe comparatas, vt illis non ſatisfiat, niſi res in creditorē & cui debetur, transferatur, ita vt dominus fiat, quo non facto, integra maneat actio, perinde ac ſi nihil traditum fuiſſet: quod obtinet in ſtipulatione *l. vbi. 75. §. vlt. de V. O. l. 25. §. 1. de contr. empt.* permutatione. *l. 1. §. vlt. de rer. permut.* In ſolutum datione. *l. 8. C. de ſent. & interl.* quod alibi prolixius explicauimus. Et hactenus igitur ratio Dd. claudicat: ſed tamen ea illud oſtendit, quod facilius res aliena poſſit vendi, quā pignori dari, quandoquidem qui dominus rei non eſt, nec illam in bonis habet, non poteſt in ea alteri conſtituere jus reale, nec facere, vt creditor eam à quocunq; poſſeſſore auocare poſſit. Videatur fortè alia & ſpecialis ratio diuerſitatis in venditione dari poſſe, deſumpta à frequentia & neceſſitate iſtius contractus, qui ſanè cum incommodo publico impediretur, ſi neceſſum eſſet rem eſſe propriam: itaq; placuit incõmodū illud quod per rei alienę venditionē inferri poſſit emptor, tollere introducta actione de euictione. Porrò cõtra iſtam differentiam pignoris & hypothecæ, de qua tam multa diximus, non leuiter videtur pugnare. *l. 9. §. de pig. 1.* vbi pro regula traditur. Quod recipit emtionem & venditionē, idē & pignorari poſſe, Atquin res aliena vēdi poteſt. Ergo &c. Nihil habet hic quod dicat Hunn. quam, non valere pignus rei alienæ ſaltem in præiudicium domini, atq; ita (nam hactenus idem eſt in venditione) eandem pignoris & venditionis rationē admittit: in quo

quantum erretur, ex præcedentibus apparet. Et nec dupond' dubitare poſſit, quin quidquid ab aliȷ́s ignorante fit domino, id ei generare non poſſe præiudiciū, vt reuera habeat dubitationē ineptam, quod quærit Goth. ad *l.2. de pignor. act.* num quis ſibi rem alienam pignori datam poſſit contra dominum retinere, vſque dum pecunia ſoluatur: non enim poſſe, certiſſimi & liquidiſſimi juris eſt. Itaq; aliter ad illam propoſitionem *l.9.§.1. de pignorib.* reſpondendum eſt: & nimirum quod pertineat ad res, quæ ideo non poſſunt vendi, quod non ſint in commercio: Et omnino negabo illam regulam pertinere ad res alienas: ſiquidem alienum eſſe, non eſt reuera qualitas ſubiecti aut rei, de qua in *d l.9.* agitur, ſed eſt extra rem, proueniens à jure poſſeſſoris. Nihil autē ad rem facit, *l. ſi poſt. 18. de rei vind.* quoniam imò ibi ſummo jure per vſucapionem poſſeſſor factus eſt dominus: ex quo ipſo jure pignus valere reſpondet JCtus: vt proinde malè ab Hunnio locus hic tamquam contrarius obȷ́ciatur, & peius reſpondeatur: quod iſtud ſit periculum domini, propter quod ibi opus ſit cautione, quia petitor victor rem teneatur vindicare à creditore: cum imo pignus ipſo jure teneat, & cautio eò tendat, vt petitor victor, ſi res forte pignori data ſit, quanti ſua intereſt, à victo conſequatur. Indigna verò refutatione obiectio eſt, quæ ſumitur ex *tit. C. ſi pign. pign.* quoniam non ſimpliciter hoc pignus tenet, ſed interim, quamdiu durat jus primi creditoris, de quo paulo poſt. Nec minus inepta eſt obiectio ex *l. ſi ab eo. 18. de pignor.* quia, vt ſup. diximus cap. præc. res perinde habetur, ac ſi eſſet in bonis, propter publicentiam, quā debitor habet: nec recta eſt Hunnij reſponſio, quod prætor ibi tueatur creditorem prætorio jure, non ciuili: quoniam omnis prætoria tuitio eſt ex Edicto, & omnis actio hypothecaria eſt prætoria. Et hinc, quoniam rei alienæ pignus non tenet, infert ex Dd. *Neguz. p.2. memb.3. n.58.* etiamſi creditor longo tempore poſſederit hypothecam, non tamen ob id eum jus hypothecæ adſecuturum. Id quidem verè dicitur, ſed parum ſubtiliter: quia poſſeſſio jure pignoris aut hypothecæ, non poteſt facere, quò minus res ſit & maneat aliena: neque pignus ſed dominium, vſucapionis eſt effectus: & lato quidem ſignificatu titulus pignoris dici poteſt. *l. pen. C. de pign. act.* Sed vtique in materia vſucapionis titulus iſte nullus eſt. Huc referri poteſt quæ-
3 ſtio, an teſtator oppignorari poſſit rem heredis? Et ſanè res alterius ſub conditione ratihabitionis domini rectè videtur obligari: ſub qua conditione cenſetur teſtator rem heredis, cui' etiam rem legare alteri poteſt.

poteſt obligaſſe: & ipſa aditione videtur heres oppignorationem ratē habere, & omnino ſi ſimpliciter rē heredis poſtea facti obligauerit quis adita hereditate hypothecā confirmari, hactenus vt vtilis hypothecaria cōpetat creditori, probat *l.22.de pign.* cum qua an & quomodo poſſit conciliari *l. rem alienam.* 41. *de pign. act.* paulo poſt videbimus: & adde de hac re *Neguzant. p. 2. memb.2.n.55.& ſeqq.*

CAPVT IV.

An & quatenus pignus rei alienæ valeat aut conualeſcat.

1. *Pignus conualeſcit, ſi debitor poſt fiat dominus.*
2. *Ad l. 5.C. ſi res al.*
3. *Actiones vtiles cognitionis prætoriæ.*
4. *Quid ſi ſciuerit creditor rem eſſe alienam.*
5. *Ad l. 25. de pignor.*
6. *Oportet vt qui pignus dedit fiat dominus.*
7. *Ad l. 9. §. 3. Qui potior.*
8. *Ad l. 41. de pign. act. & l. 22. de pignor.*
9. *Caſus quibus res aliena rectè pignori datur.*

PIgnus rei alienæ non ſimpliciter & omnimodo inutile eſt, ſed ſuperueniente dominio, debitori conualeſcit & confirmatur. (Ex quo ipſo probatur, quod in re aliena non conſiſtat pignus) *l. 1. de pign. l. rem alienam.* 41. *in pr. de pign. act. l.* 5. *C. ſi res alien. l. filium.* 56. *in f. ad ſe Treb.* quo facit, quod ſi non dominus rem vendiderit & tradiderit, & poſtea dominus effectus ſit, prior emptor in publiciana potior ſit. *l. ſi à Titio.* 72. *de rei vind.* Et tamen ſuperueniente dominio conualeſcit pignus (quia ab initio fuit inutiliter datum) non tam directo & jure ſtricto, quam ex æquitate: ſiquidem & tum non directa, ſed tantum vtilis hypothecaria datur *arg. l. 1. in pr. de pignor lib. & d. l. 41. de pignor. act. text. expreſſ. in l. 5. C. ſi res alien.* vbi Impp. reſcribunt, hoc caſu non competere quidē actionem ordinariam, ſed ęquitatem facere, vt facile vtilis actio detur, exemplo pignoratitiæ actionis. Quæ verba poſtrema 2.

 dupli-

Digitized by Google

dupliciter explicat Accurſius. 1. vt pignoratitia ibi ſignificet actionem hypothecariam, cuius exemplo vtilis detur: quamuis paulo videatur inconcinnius, vt quaſi ludendo Impp. confuſim dixerint ordinariam hypothecariam & pignoratitiam actionem. 2. vt intelligatur pignoratitia perſonalis: vt pignori data re aliena, ſoluta pecunia, & ſoluto nexu, dominio ſuperueniente, ſicut pro repetendo pignore vtilis pignoratitia directa datur debitori: ita poſtquam dominium ſuperuenit, durante adhuc nexu, creditori vtilis actio hypothecaria in rem detur: Quod valde notandum fuerit: ſiquidem licet aliena res data fuerit, & dominium non ſuperuenerit debitori, tamen ſoluta pecunia haud dubie pignoratitia perſonalis pro repetenda re pignorata debitori datur, vt vtique poſtquam ſuperuenit dominium debitori ipſi competere debeat directa, (directa actio hîc modò vtili, modò contrariæ opponitur) non vtilis pignoratitia: Et eſt manifeſta ratio differentiæ: quod longè facilius & ex contractu perſonalis actio debitori, quam actio hypothecaria in rem detur creditori. Illud etiam ex *d. l. 5.* obiter obſeruandum, quod directa actio, quæ opponitur vtili, dicitur ordinaria. Et cum ea iudicia fuerint ordinaria, quæ coram Iudice pedaneo per ſolennem formulam inſtituebantur, poſſit inde quis exiſtimare, vtiles actiones fuiſſe cognitionis prætoriæ extraordinariæ: quod & probabile facit *l. actio. 47. §. 1. de neg. geſt.* & forte vtiles actiones non ſine cauſæ cognitione admittebantur: & licet *d. l. 5.* autores, morem dandi Iudices pedaneos ſuſtuliſſe ipſi videantur vtiq; in prouinciis *l. 2. C. de pedan. Iud.* potuerunt tamen vt in *d. l. 5.* nihilominus ita reſpicien-
3 do ad jus anterius, quod nec plane deſierat, reſpondiſſe. Præterea, vt pignus rei alienæ, debitori dominio ſuperueniente, conualeſcat, requiritur, vt ignorauerit creditor, rem fuiſſe alienam. Quod hac ratione ex Bartolo confirmat *Niguz. p. 2. m. 3. n. 56.* quod nihil debitoris interſit conualeſcere pignus, vbi rem alienam eſſe ſciuit creditor: propter intereſſe autem ipſius debitoris, æquum ſit iſtam confirmationem admittere: nihil autem intereſſe debitoris iſto caſu probat *l. tutor 16. §. pen. in fin. de pignor. act.* vbi creditori negatur pignoratitia contraria contra debitorem, ſi rē alienā creditor eſſe ſciuit. Et hæc ratio quidem bona eſt, ſed particularis, quoniam tantū ad pignus, quod traditione cōſtitutum eſt, pertinet: opus eſt aūt generali ratione, quæ & in hypotheca habeat locū: quæ ex *d. l. 5. C. ſi res alien. &c.* peti pōt: vbi prætenditur æquitatis ratio, ob quam poſt dominium ſuperueniens, vtilis actio datur

datur creditori : quæ ratio ceſſat ſi creditor rem alienam eſſe ſciuit:
cui danda actio non eſt, quæ & eſt ſententia Papiniani in *l.1.in pr.de pi-
gnorib.* dum reſpondet difficilius actionem vtilem creditori dari, qui
non ignorauit alienum: quibus verbis haud dubie ei non dari vtilem
actionem ſignificat: nam & ineptum ſit, credere, prodeſſe creditori,
ſi inſtantius & importunius actionem à prætore flagitet: quo ſenſu &
idē Papin. in eodē verbo *difficilius* vſus videtur *in l.nonnunquam* 8. *in fin.
de collat.* & iſtam alicubi modeſtam rationem reſpondendi Iuriſcon-
ſultorum obſeruauit iam olim *Duarenus* 2.*diſp.ann.*11. Et verius eſt hoc
caſu, creditori qui pignori rem alienam datam ſciuit, hypothecariam
actionem nec contra ipſum debitorem competere, quoniam & hic
deficit æquitatis ratio, quam *d.l.5. C. ſi res aliena.* ſolam vrget & probat
dict. l. 1. in pr. de pignorib. vbi dum ſolam retentionem ICtus con-
cedit creditori, eo ipſo omnem actionem negare videtur: & poteſt de-
bitor ſine vlla turpitudine quæſtionem dominij referre creditori, qui
ſciuit rem eſſe alienam: ſicut & ei qui ſciens rem alienam emit, nulla a-
ctio datur *l.ſi fundum* 27. *C. de euiction.* Et quod agatur in *d.l.1.de pignor.*
de exceptione danda contra ipſum debitorem, argumento eſt, quod
dominio quæſito debitori, qui caſus ibi tractatur, vix eſt alius, qui a-
ctionem contra creditorem poſſidentem mouere poſſit. Porro ei 5
quod diximus de retentione, non obſtat *l.cum vitioſe* 25. *de pignor.* vbi
retentio negatur, quando pignus non recte contractum eſt: Etenim
reſpondendum eſt, vel ibi non de retentione contra debitorem, ſed
contra tertium, tractari: vel, vt *Bart.in l.1.in pr.* & ex eo *Nigus.p.*13.
*memb.*1.*n.* 17. ibi tractari de caſu vitii adhuc durantis, non ſublati &
purgati vt in *d.l.in pr.* vel deniq;, quod alienum eſſe, non ſit proprie
qualitas & vitium rei: de cuiuſmodi vitio interno, formæ vel contra-
ctus ipſius cui pignus acceſſit, in *dict. l.* 25. agere ICtus videtur.
Diximus conualeſcere pignus per ſuperuenientiam dominij: addidi-
mus duas declarationes ſiue limitationes, 1. quod conualeſcat non
directo iure, ſed ex æquitate, vt tantum vtilis actio competat. 2. quod
conualeſcat ſi creditor bona fide rem pignori acceperit, ignorans rem
eſſe alienam. Iam proponamus tertium: quod conualeſcat pignus, ſi 6
dominium ſuperueniat aut reperiatur non in cuiuſcunque perſona,
qui iam debet, ſed neceſſe ſit, vt dominium debitori ipſi ſuperueniat,
qui rem dedit aut obligauit pignori. Ita in *d.l.1. in pr.de pignoribus: poſtea
debitori dominio quæſito*: & ex ſupra dictis apparet, quod ipſum debito-

rem,

rem, qui dat initio pignori, vt conſiſtat pignus dominum eſſe opor-
teat. Ergo & eidem dominium ſuperuenire oportet, vt datum pignus
conualeſcat: Et hac de cauſa in *l. 1. §. 2. de pign.* negatur actio pro fru-
ctibus, quia hi numquam debitoris fuerint. Idemque firmat *d. l. 5. C. ſi*
7 *res aliena & l. qui balneum 9. §. Titia. 3. qui pot.* qui locus dubium quoniam
mouet, ſuper illa per dominij ſuperuenientiam conualeſcentia, du-
bium id remouendum, & vt commodius fiat, reſolutio eius eſt ſubij-
cienda. Titia cum ſucceſſiue creditoribus duobus Titio & Mæuio
obligaſſet prædium, cuius domina non erat., ſed fide tamen bona &
iuſto titulo poſſidebat, poſt domina facta, illud in dotem marito æſti-
matum dedit: mox creditori primo Titio pecuniam ſoluit: quæritur,
an ita ſubmoto priori Titio, in prædio illo pignus Mæuij creditoris ſe-
cundi conualeſcat: quod negat ICtus. Et dubitandi ratio eſt,
vel quoniam per dominij ſuperuenientiam, conualidatur & pignus,
quod & ſecundo creditori prodeſſe debere videtur: vel, qua ratione
vtitur ICtus, quoniam ordinarij hoc iuris eſt, vt vbi pignus di-
verſis temporibus datum eſt creditoribus duobus, priore creditore
dimiſſo, ſecundus in locum eius ſuccedat, & ſecundi pignus confir-
metur de quo *infr. loco ſuo.* Ratio decidendi hæc redditur, & ita ſimul
ratio dubitandi remouetur: quod id procedat tunc, vbi eo tẽpore quo
prior dimittitur, debitor rei pignoratæ eſt dominus *l. 2. de pignor. act.*
quin eadem ratio eſt acceptionis & confirmationis: atquin eo tem-
pore, quo creditor prior Titius dimiſſus fuit, iam deſierat mulier eſſe
domina, quæ prædium transferendo in maritum ex dotis cauſa, eum
dominum fecerat. Et adeo, cum eo tempore quo mulier effecta domi-
na fuit, & quãdiu fuit domina, præuerteret ius Titij, creditoris prioris,
& cum hic dimitteretur, iam alius & ſcil. maritus eſſet dominus, con-
ſequenter pignus ſecundi creditoris Mæuij confirmari non potuit:
Ergóne, dices, rem pignoratam debitor alienando, præiudicare cre-
ditori poterit, cum vtique conſtet, non poſſe pignus alienari niſi cum
ſua cauſa & onere? Reſpondeo id ita eſſe, ſi modo ſemel recte alicui
ius pignoris ſit conſtitutum aut confirmatum. Itaque Titio, cuius pi-
gnus per ſuperuenientiam dominij fuit confirmatum, præiudicare
mulier pignus in dotem dando, aut quocunque modo alienando non
potuit. Sed hoc iuuare non poteſt Mæuium creditorem ſecundum,
qui in euentum Titij prioris dimiſſi, & ita quodammodo ſub condi-
tione pignus accepiſſe intelligitur: & inſuper, cum conuentionis tem-
pore

pore eſſet aliena res, non potuit ſpem habere in ſuperuenientia dominij, niſi ſi eo tempore dimiſſus Titius, aut eo dimiſſo mulier domina eſſet: quorum neutrum cum in propoſita ſpecie acciderit, nec cum domina mulier fieret, quia tum obſtabat Titius, nec cum hic dimitteretur, quia tum alius erat dominus, pignus Mæuij non potuit confirmari. Hæc obiter ad explicationem *d. l. 9.§.3. Qui potiores.* vbi notandum, non ſine cauſa & myſterio, prædium proponi æſtimatum in dotem datum fuiſſe: quomodo ex cauſa venditionis verum dominium transfertur: Ceteroquin ſi prædium inæſtimatum datum fuiſſet, propter jus vxoris in euentum ſoluti matrimonij, imo quòd eo durante maritus nec alienare nec oppignorare poteſt, res forte non careret dubitatione, maxime poſt *l. in rebus* 30. *C. de iur. dot.* ex qua mulier potius domina rei dotalis cenſetur.

Iam vt redeamus ad id quod pro tertia declaratione proponebamus, quod vt conualeſcat pignus, oporteat ipſi debitori ſuperuenire dominium, probatur diſertis verbis *l. rem alienam* 41. *de pignor. act.* vbi Paulus negat ſufficere, ad hoc vt hypothecaria competat, vt idem ſit debitor & dominus rei pignoratæ, veluti ſi dominus rei ſucceſſerit debitori: quo caſu confirmari pignus à debitore datum & hypothecariã actionem vtilem competere negat. Sed in ijſdem terminis contradicit *l. ſi Titius* 22. *de pignorib.* Facile eſt contradicere aliorum variis opinionibus & compoſitionibus, eaſque confutare: Et *Alciati* 7. *parerg.* 14. *emendatio*, vt in *d. l.* 41. pro *non idem* legatur, *num idem* vt JCtus non reſpondeat, ſed quærat, inſulſa eſt: & diuinatorium iſtud *Charondæ*. 1. *veri.* 20. quod in *d. l.* 22. aliquod factum heredis interceſſerit. Apparet prorſus fundari in eo ſententiam Modeſtini *in d. l.* 22. quod dominus rei pignoratæ debitori ſucceſſit, & ita debitor ſit effectus: vt proinde æquitas ſuadere videatur, vt ſi debitum non ſoluat, patiatur hypothecariam actionem. Sed Paulus ex hoc fundamento concludi poſſe negat: & non neceſſum eſt, vt omne debitum habeat pignus, ſed id legitimis modis conſtitui oportet. Et ignoſcendum eſt Doctoribus, qui vt iſta componerent, Modeſtinum in *d. l.* 22. de pignoratitia perſonali contraria explicant, quæ detur creditori contra debitorem: Ita enim illi vulo *Acc. Bart. Bald. Salicet. & ceteri in d. l.* 22. *de pignorib. & in d. l.* 41. *de pign. act.* Quod ignorauit Hunn. qui eam opinionem Donello adſcribit. Verum eſt ea explicatio omninò inepta. Satis enim oſtendit ICtus in *d. l.* 22. quod exiſtimet ex æquitate quodammodo conualeſcere 8

O pignus,

pignus, vt vtilis actio poſſit habere locum, atquin vt pignoratitia perſonalis contrariæ competere poſſit, non eſt neceſſe vt conualeſcat pignus, cum illa ex contractu reali detur, & imò tanto magis ei locus ſit, vbi res aliena pignori data eſt *l. 9. in pr. l. 16. §. 1. l. 32. & l. 36. de pignor. act.* & res ipſa loquitur, quod JCtus intelligat actionem, quæ creditori datur, nec dubium, quin ſicut in *d. l.* 41. ita & in *d. l.* 22. per pignoratitiam hypothecaria intelligatur. Ideoque nec hæc eorum explicatio ferenda eſt, vt intelligamus actionem contrariam quæ detur contra ſucceſſorem, vt confirmet pignus: præſertim cum ob perſonam ſucceſſoris non mutetur qualitas actionis: & cur vtilis igitur actio ſit neceſſaria? nec ferri poteſt, quod Bart. actionem vtilem pro efficaci, aut Salic. pro contraria explicat: quod præcedentia verba de nō conualeſcēdo directò confutant: neq; puto vmquā pignoratitiam contrariam ſine hoc epitheto proponi: nec dominium ſuperueniens de quo in *d. l.* 22. quidquam facit, ad dandam pignoratitiam contrariam, ſed ad vtilem hypothecariam: & prorſus diuerſa ſunt, conualeſcere pignus, de quo caſu agit JCtus, &, dari actionem, vt confirmetur pignus. Et quod pace clariſſimi viri Donelli dictum ſit, nihil à mente JCti in *d. l.* 22. eſt alienius, quam verba, *directo non conualeſcere*, ita explicare, quod nulla in rem actio, nec vtilis quidem detur: ita enim prorſus ineptum & inane eſſet verbum, *directo*, quod oppoſitio verborum, *ſed vtilis &c.* manifeſtò refellit. Illa ineptior diſtinctio eſt inter debitorem ignorantem & contradicentem: non, quod omnis ignorans cenſeatur eſſe inuitus, quod perſpicuè falſum, ab Hunnio illi diſtinctioni obijcitur: ſed quia omnino apparet, aliis rationibus moueri JCtos: & inſubtiliter quoque ponitur caſus domini contradicentis, in quibus terminis & vix ratio dubitandi ſupereſſet: Et miror adeo *Vulteium* 1. *ſchol.* 17. tantum in ea re non gloriari: qui tamen præterea eam diſtinctionem aut falſo ſibi adſcribit, aut non vidit nec *Pet. Fabr.* 2. *ſem.* 18. nec, quod magis mirum eſt, Accurſium, qui inter alias explicationes hanc quoque refert, quem miror à Petro Fabro *d. loco* non eſſe viſum, nam & ille iſtam diſtinctionem tamquam à ſe profectam proponit. Sed profecto inuentio hæc (vt maxime eorum eſſet) inuidiam non mereretur. Subtilis poſſit videri Duareni diſtinctio 2. *anniu. diſp.* 4. inter actionem vtilem dupliciter acceptam: & nimirum vt JCtus in *dict. l.* 41. *de pign. act.* intelligatur negare actionem quaſi Seruianam, quæ reſpectu diuerſo & directa, & relatiue ad ipſam Seruianam appellari

peſſuni vtilis poſſit. Sed ſane non conuenit iſta explicatio aut menti, aut verbis *ICti in dict. l. 41.* qui præciſe vtilem actionem negat, neque eum arguere poſſis fallaciæ, diſſimulationis aut cauillationis, cuius notam vix effugiet, ſi in homonymia ludens, vnam tantum ſpeciem negaſſet, cum vtilem tamen ſimpliciter neget. Sed & vtilis actio quæ proponitur *in pr. dict. l.* 41. non eſt quaſi Seruiana, ſed eſt vtilis ex æquitate competens, vbi dominium poſtea debitori ſuperuenit, quam ipſam ſpeciem actionis vtilis negat in caſu ſequenti, quo dominus debitori ſucceſſit: ſed eam concedit *Modeſtin. in l. 22. de pignorib.* Tractatio ipſa expoſcit, vt quæ hic adfert Hunnius, confutemus, ne eas probatas putet: Et referam huc (vt ne quid hic deſideretur) quæ in *Tract. de actionib. diſp.* 3. ſcripſi. Scribit Hunn. in hæc fere verba, quibus dd. textus componi arbitratur. Actio hypothecaria contra dominum qui debitori ſucceſſit, dari negatur: tum quia ea non detur creditori aduerſus dominum verum, tum quia pignus quod ab initio non valuit, non poſſit tractu temporis conualeſcere: tum quia abſurdum ſit, in heredem dari actionem, quæ non competiit in defunctum; certum autem ſit creditorem non potuiſſe agere aduerſus ipſum debitorem, ſuper re aliena oppignorata. Hæc Hunnius, in quibus nimis quam multa committit errata. Et 1. falſum eſt, quod in dd. textibus tantum tractetur de actione aduerſus ipſum dominum: quia imo quæritur de conualidatione pignoris, qua poſita, hypothecaria actio ex natura ſua contra quemcunque poſſeſſorem datur. 2. Falſum eſt, quod hypothecaria non detur contra dominum verum, ſed in ſpecie quam tractamus de domino ſuccedente, controuerſum eſt 3. Regula deſumpta ex *l. 29. de R. I.* tum præcipue pertinet ad vltimas voluntates: tum locum habet vbi de ſolo tractu temporis quæritur, & nihil noui ſuperuenit, velut hic dominium: & præterea non paucas habet exceptiones: & in hac ipſa quæſtione vbi ſuperuenit dominium debitori ipſi, qui rem pignori dedit, eſt falſa manifeſto: ſiquidem conſtat eo caſu pignus conualeſcere, & eſſe locum vtili actioni 4. Falſum eſt, quod in heredem actio dari non poſſit, quæ in defunctũ non competiit, etiam in perſonalibus actionibus, poſt cõſtitutionẽ *l. vn. C. vt act. ab hered. & cont. her.* in actionibus autẽ realibus, quę non fundantur in iure ſucceſſionis, qualis eſt hypothecaria, magis perſpicuè eſt falſum: & hic præterea non de actione, non contra debitorem tantum, & quemcunq; poſſeſſorem mouendâ tractatur. Deniq;

& magis falſum eſt, quod actio hypothecaria nec detur contra ipſum debitorem, qui rem alienam oppignorauit, quod *lib. ſeq.* in mat. iſtius actionis, docebimus. Ex his autem jam belle concludit Hunnius, rectè in *l.41. de pign.act.* negari actionem hypothecariam contra dominum. Id quidem ex falſis præmiſſis parum rectè infertur: ceteroquin verum eſt, bonis rationibus cum Paulo id poſſe negari: & nemo id negat; ſed quomodo iſte locus concilietur cum *l.22. de pignor.* id demum quæritur: Et conciliationem promiſit, ſed nullo modo præſtat: nam & illud pueri norunt, & facile quiuis admittit, ſub appellatione pignoratitiæ actionis, non raro venire hypothecariam, & quod in *l.* 41. actio hypothecaria intelligatur, omnes admittunt: ſed ita non conciliantur textus, vt profectò Hunnius hanc pugnam & hunc nodum non ſatis videatur intellexiſſe: neq; enim quidquam juuat, quod ait, rationem facere vt in *d.l.22.* dicatur actio pignoratitia creditori dari in dominum rei pignoratę, qui debitori ſucceſſit, non quidem directa, ſed vtilis, &c. Enimuerò hoc ipſum eſt, quod affirmatur quidem in *d.l.22* ſed in *l.41. de pign act.* negatur: aut Hunnius in Dd. communem & Donelli opinionem incidit, quæ ceteris ferè eſt deterior. Proinde magis ingenuè agunt, qui iſtam diſſenſionem agnoſcunt: & jam pridem deriſus eſt error, & puerilis eorum hæreſis, qui nihil contrarij putant reperiri in jure noſtro. Agnoſcunt id *Hottom. 5. obſ.* 18. *Ant. Faber* 10. *coniect.* 17. nec longè abit *Cuiac.* 19 *obſ.* 26. Modeſtinus facilior fuit in producenda vtili actione. Sed Paulus, quod in eadem perſona debitoris receptum fuit, in diuerſis, recipiendum non putauit: & rationem diuerſitatis ipſe, licet aliquanto obſcuriùs reddere videtur, quod qui ipſe conuenit de pignore, improbè reſiſtat ne conueniatur & actionem excipiat, quippe qui rem vt ſuam, cuius præterea poſtea dominus factus eſt, pignori dedit, creditori bona fide accipienti: atq; ita, ſi poſtea excipiat rem eſſe aut fuiſſe alienam, mendacij ſeipſum arguat & conuincat: quod non poteſt obijci domino, qui rem pignori non dedit, ſed ſaltem debitori ſucceſſit. Quæ non videatur fortè inepta explicatio, *d.l.* 41. *verſ. ſed ſi conuenerat*, vt ſcil. illis verbis reddatur diſſimilitudinis ratio inter illum qui conuenit de pignore, & eum qui non conuenit ipſe, ſed ei qui pactus eſt de pignore, ſucceſſit. In quibus terminis hæc oppoſitio intelligenda eſt: ceteroquin hinc non rectè quis inferat, confirmato pignore per dominij ſuperuenientiam contra debitorem, eumque jam dominum, ſolum dari hypothecariam actionem. Ita enim falſo diceretur

tur conualeſcere pignus,cuius effectus eſt& vtilitas,vt actio in rem de-
tur contra quemcunque poſſeſſorem; quam adeo & vtilem habebit
creditor contra quemcunq;, vbi debitor pignoris poſtea dominus ef-
fectus eſt. Et hæc iſta de re ſatis. Colophonis loco ſub finem huius ca- 9
pitis notandæ ſunt exceptiones,quibus etiam res aliena rectè pignori
aut hypothecæ obligatur. Caſus & exceptio vna eſt,vt etiam res alie-
na quà aliena quodammodo teneatur, ſpeciali fauore militiæ , & ex
cauſa debiti & obligationis primipilaris:pro qua bona dotalia vxoris
pignori tenentur. *l.ſatis notum.4. C In quib.cauſ.pign.tac.* Licet enim ma-
ritus dicatur dominus dotis,tamen quoniam id dominium temporale,
& vt Juſtin.putat in *l. 30. C.de jur. dot.* ciuile & fictitium magis quam
verum eſt ; & vtiq; hoc modo juxta *d.l.4.* fit, vt mulier dote ſua care-
at, nec quidquam habeat, quod ſoluto matrimonio conſequi poſſit,
non omnino abſurdè hoc caſu bona aliena pignori obligata eſſe di-
cuntur. Tenentur inquam bona dotalia,non etiam paraphernalia,de
quibus nec mentionem facit *d l.4.* nec jus ſingulare eſt extendendum;
& probat *l.1.C.de priu.fiſci:* quæ cum emphaſi dicit *Res ſuas* & de para-
phernalibus eſt accipienda. Vt hinc appareat in jure iſto conſtituen-
do conſideratum fuiſſe & jus mariti, quod in re dotali habet, Et prorſus tamen cum id jus ſingulare ſit, parũ ſubtiliter. *Neguz.p.2.memb.4.n. 157.vers.tertio amplia.* hoc tanquam ſpeciale notat in tacita hypotheca, quod ea quoq; res alienæ teneantur adducta *d.l.4.C.de tac.hyp.* quamvis ſane debeamus fateri in expreſſa hypotheca & conuentionali tale exemplũ non dari. Alia exceptio eſt,& caſus quo licet ab initio ſtatim pignus non teneat, in re aliena, tamen poſtea directo conualeſcit. Quod accidit,ſi rem alienam ſub conditione pignori dederim, ſi mea facta fuerit : Id ita ſe habere , & quod pignus directo ita conualeſcat, imo quia ſub conditione contractum eſt,ab initio directo teneat,inde probatur,quia ſimpliciter dicitur,rem alienam hoc modo rectè obligari. *l.ſi fundus.16.§.ſi aliena.7.de pignorib. l. idemq́; 7.§.1. Qui potior.* vt tamen hic excipiatur res quæ in eius bonis eſt. cuius hereditatem debitor ſperat. *l.vlt.C.de pact.vers. neq; hypothecas.* Tamen vt dixi,ſubtilius loquendo, cum conditio ſuſpendat obligationem , interim res aliena omnino necdum pignori obligata dici poteſt. Similis caſus eſt, (qui & ipſe conditionem habere intelligitur) ſi rem mihi debitam (cuius ſcilicet dominium conſequor ex traditione) pignori obligauerim: Ea vtique ſi mihi tradita fuerit, directo pignori tenebitur. *l.1. in pr. ibi,*

ſi non fuerit ei qui pignus dabat, debita. de pignorib. l. 3. §. 1. Qui potiores. Et ex ratione communis juris cum conditio retrotrahatur, fit, vt cui res cum adhuc debita eſſet, obligata eſt, potior ſit eo, cui res poſtea jam tradita, pignori nexa fuit, per *d. l. 3. §. 1.* ſiquidem ipſo puncto traditionis, & adquiſiti dominij, retrò conualidatur pignus prius. Quia in re idem jus hactenus eſt, ſi res aliena ſimpliciter & ſine conditione pignori data fuerit, juxta præmiſſa & quæ ad *l. 9. §. 3. Qui potiores.* diximus; quoniam cum per ſuperuenientiam dominij pignus conualeſcat, præueniſſe videbitur qui prius de pignore, licet res tum adhuc aliena eſſet, conuenit: Illud conſtat, in obligationem generalem venire etiam futura poſt quæſita, quoniam & hæc ſub conditione nexa intelliguntur. Idemque eſt in fructibus naſcituris obligatis (de quibus poſt ſeparatim dicemus) nam & hic ineſt conditio. Itaq; non dubium eſt, vtrobique pignus directò tenere. Et hæc de rebus alienis. Addendum eſſet forte aliquid de re pro parte aliena, & videlicet communi. Sed res nec eſt difficilis, & attigimus illud, licet non omnino congruo loco. *libr. ſeq. 3. cap. 2.* De eo quod creditori competit criminalis perſecutio contra debitorem qui rem alienam pignori ſciens dedit, dicemus *lib. ſeq.* vbi de actionibus quas creditor habet.

Capvt V.

De aliis rebus pignori obligatis.

1. *Inſtrumentis obligatis res ipſæ cenſentur obligatæ.*
2. *Hypotheca gregis.*
3. *Hypotheca tabernæ.*

Havd dubiè rectè obligantur pignori res immobiles: quæ vel traduntur, & hoc aut cum pacto antichreſeos, & obtinent quæ ſupra *lib. 1.* diximus, aut ſine eo pacto, & fructus creditor in vſuras & ſortem imputat. *l. 1. C. de diſtr. pign.* aut hypothecæ obligantur, & fructus tacito pignori tenentur *l. 3. C. in quib. cauſ. pign. tac.* (& de fructibus poſtea ſeorſim agemus) Et hic in genere obſeruandũ eſt ſi obli-
1 gata ſint inſtrumenta, v. c. quib. venditio rerum continetur, ipſas res, prædia vel alia, ſuper quibus inſtrumenta compoſita ſunt, obligata

cenſeri

cenſeri (quoniam inſtrumentorum per ſe nulla eſſet vtilitas, nulla cautio & ſecuritas creditori) *per l.2. Cod. Quæ res pign.* vbi per emptiones agrorum intelliguntur inſtrumenta emptionum, quo pertinet inſtrumenti traditi mentio in *l. vlt. in pr. de pign: act.* & facit huc, quod traditis inſtrumentis ipſæ res traditæ cenſentur, *l. 1. Cod. de donation.* qui locus, de mancipijs loquens, oſtendit in rebus mobilibus idem obtinere. Etenim haud dubiè res quoque mobiles rectè pignori obligantur: Diximus *lib.1.cap.1.* quod hæ res ferè tradi ſoleant: quoniam creditori non ſatis eſſet aliàs cautum: ſiquidem res iſtæ mobiles, dum per multas manus ambulant, facilè creditori interuerterentur: ſi fidem tamen ille vltro habeat debitori, nihil impedit, quominus iſtæ etiam res hypothecæ tantum obligentur, qui & caſus eſt *l. ſi quis 66. in pr. de furt.* Obligantur autem res ſiue ſingulæ, ſiue plures: & hæ vel diſtinctim, vel ſub nomine collectiuo; cuiusmodi eſt pignus ſi- 2
ue hypotheca gregis. Et hæc tamen hypotheca, ſimilis quadantenus eſt & adfinis hypothecæ generali, vt monuimus *libr. præc. cap. 5.* vbi hîc plenius nos eſſe dicturos promiſimus. Et nimirum ſi quis plures res ſingulares pignori dederit, tandem pignora eſſe intelliguntur. At gregis tantum vnum eſt pignus, ſicut grege legato vnum tantum eſt legatum. *l.6. de leg.2.* neque ſingula capita gregis, ſed ſine determinatione numeri grex obligatus cenſetur: qui recipit augmentum & diminutionem manente eodem jure pignoris: & tum capita agnata gregi, tum & alia in demortuorum locum ſubſtituta, pignori tenentur: & obligatio pignoris durat, etiamſi omnib⁹ capitibus demortuis, quæ erant tempore contracti pignoris, alia ſenſim in eorum locũ fuerint ſubrogata. *l. grege. 13. in pr. de pignorib.* qua de cauſa comparari grex poteſt cum legione & populo, de quibus diſſerit JCtus *in l. proponebatur. 76. de judic.* ex quo dependet deciſio *l.70.§.3. de vſufructu, & l. ſi quis. 21. §. 1. de exc. rei judic.* quamuis hac in re ſpeciale quid in vſucapione obſeruetur, juxta *l. rerum. 32. de vſucapionib.* quoiam aliter ſtatuentibus dominis rerum iniqua conditio inferretur. Non 3
omnino diſſimilis pignori gregis eſt pignus tabernæ: quod & ipſum quadantenus ſapit naturam hypothecæ generalis, quoniam non ita afficit res ſingulas tabernæ, quo minus poſſint libere & ſine onere alienari: nec enim hac mente cenſetur taberna obligata: & inferretur aliàs injuria debitori, cui quodammodo hac ratione negotiatione ſua interdiceretur: & obligatæ cenſentur merces cum ſua qualitate

vt poſ-

vt poſſint diſtrahi:& huc referenda ſunt quæ ſupra libro 1.an res venales generali pignore contineantur, propoſuimus.Nec hoc modo creditori iniqua conditio infertur: quia hæc eſt natura tabernæ, vt in locum mercium diſtinctarum, aliæ identidem rurſus ſubrogentur, quæ illarum ſubeunt locum, & exinde cenſentur pignori eſſe obligatæ,vt docet *l. cum tabernam.* 34. *h. t.* vbi tractatur caſus mortui debitoris:nec dubium eſt,quin ſi debitor viuens ſit in mora, creditor jure ſuo vtens merces tabernæ quaſi percludere poſſit, ita vt ex ijs amplius debitor nihil poſſit alienare *arg. l.pen. de tac. hypoth.* de qua re v. bene agentes, *Neguzant.p.2.memb.2.n.17.& ſeqq. Menoch. rem.3. adipiſc.poſſ. de Int. Saluiano.n.127.& ſeqq.* Atque ita in his duabus ſpeciebus hypothecæ obtinet,vt ſubrogata in locum aliorum, ſuccedant in pignus: quod in alijs rebus ſingularibus pignori obligatis ſecus: ex quibus quidem nata hypothecæ obligantur,ſed non ſubrogata vt docet *l fideiuſſ.26.§.vlt. de pign.Neguz.p.2.m.2.n.25.*Mancipia quoque pignori obligari non dubitatur, & etiam ſtatu liberos,quia interim adhuc ſerui ſunt, ſed ſaluo jure ſuo & cum ſua cauſa, *l.grege* 13.§.1.*de pignorib.*Quin & res futuræ pignori dari poſſunt, vt fructus aut partus naſcituri, de quibus paulo poſt *in cap. de acceßionibus & fructibus* agemus.

Capvt VI.

De pignore rerum incorporalium, & in ſpecie, vſuſfructus.

1. *Vſusfructus pignus duplex.*
2. *An jus ipſum fruendi transferri poßit.*
3. *Verbum* TVERI *notat, defendi quid jure pratorio ex æquitate,*
4. *Effectus pignoris vſusfructus.*
5. *Quid juris ſi vſusfructus pignoratus venditus ſit, & ad l.1. Cod. ſi pign. pign.*

NOn tantum corporalia, ſed & incorporalia veniunt in obligationem pignoris: de quibus plenius & diſtinctius agendum eſt. Videatur tantum hypothecæ in incorporalibus eſſe locus, quoniam pignus in ſpecie dictum conſtituitur per rei traditionem, quam in corpora-

poralia admittere non videntur. Veruntamen eſt & quædam ficta traditio incorporalium per vſum & patientiam *l.3. in princ. de vſufr.* idq; ex iis quæ de vſufructu & ſeruitutibus aliis dicemus apparebit, & probat *l. ſi is* 11. §. *vlt. de pignorib.* Ex incorporalibus quæ pignori obligari poſſunt, inprimis occurrunt ſeruitutes: ſiue perſonales ſiue reales. Perſonalis ſeruitus eſt vſusfructus, qui pignori dari poteſt dupliciter, 1
vt conſtituendus, & vt conſtitutus. Illud, cum dominus plenus, pecunia accepta, permittit creditori, vt fundo vtatur, fruatur, & ita vſumfructum loco pignoris teneat, & nimirum fructus imputet in ſortem & vſuras. Quod ſi enim plenus dominus retento fundo & vſu eius apud ſe, dicat ſe obligare hypothecæ vſumfructum, non animaduerto, quomodo poſſit dici vſusfructus loco pignoris conſtitutus, cum nulla ſit ſeparatio vſusfructus à proprietate: ſed hoc modo fructus ipſi intelligentur pignori obligati. Rurſus ſi quis ſub pacto antichretico permittat vt creditor pro vſuris percipiat & lucretur fructus, jam ipſe fundus erit hypothecæ obligatus & probatur iſtud pignus in *l. ſi is* 11. §. 2. *de pignorib.* illis verbis, *ſiue dominus proprietatis conuenerit.* Item *l. & quæ* 15. *in pr. eod. tit.* ibi *ſiue dominus fundi conuenerit, aut de vſufructu &c.* Ex quo loco apparet, aliud eſſe, vſumfructū pignori dare: aliud, fructus. Altero modo jam conſtitutus & ſeparatus à proprietate vſusfructus pignori datur, ſi fructuarius, qui quocunque modo jus vtendi fruendi habet, illud ius pignori det aut obliget: quod itidem recte fieri, duo etiam citati textus docent. Vulgata quæſtio eſt, an & quomodo ius il- 2
lud vtendi, quod perſonale dicitur & in vſufructuarij perſona hæret, in aliū transferri poſſit. Sed ea habet proprium locum in *Tr. de vſufructu:* nam & vendi, donari, locari &c. vſumfructum & jus vtendi fruendi poſſe docent §. 1. *Inſt. de vſu & habitat. & l. 8.* §. *vlt. de peric. & comm. rei vend.* Obiter hoc adſpergimus, quod Dd. iſta omnia de ſola intelligunt commoditate percipiendi fructus. Sed quoniam citati textus de ipſo iure vtendi fruendi loquuntur, ego hac in quæſtione, diſtinguere inter ius duplex ſoleo, perſonale & reale. Illud ex conſtitutione adquiſitum perpetuo hæret in perſona primi adquirentis: hoc ex illo profluens poteſt in alium transferri. Ita in herede eſt ius perſonale, ob quod qui iure ſemel heres eſt, perpetuo heres manere dicitur: ſed habet & idem ius reale, quod in alium transfert, *t. t. de hered. & act. vend.* Ita, vt loquuntur Dd. actiones ipſis inhærent oſſibus quaſi, & tamen ius reale per venditionem, donationem, legatum *&c.* ita in alterum

 tranſ-

transferri poteſt, vt hic & ex ſua perſona vtilem poſſit exercere actionem: quæ alibi latius probantur & explicantur. Ita quoque in vſufructu dicimus ſeſe rem habere: & jus reale vtendi poſſe oppignorari, ſicut & vendi, manente jure perſonali in perſona ipſius vſufructuarij primi, quod à ſe non poteſt totum abdicare: quod nec ſtatui poſſet ſine inſigni Proprietarij iniuria, ſi quis v.c. ſenio confectus & fractus annis, alium florente ætate fructuarium inuito proprietario ſubſtituere poſſet: adeo quantumuis jus vtendi quocunq; modo tranſtulerit fructuarius primus, ipſo v.c. morięte, jus emtoris, donatarij aut creditoris totum expirat & finitur. Quæ obiter & breuiter hic proponere viſum fuit, vt conſtet quid per oppignorationem vſusfructus intelligamus. Et tamen hoc ipſum, vt vſufructuarius ita jus ſuum in alium transferret, æquitate ſuadente receptum fuit, contra juris ſtricti rationem, quoniam cum iſta ſit ſeruitus perſonalis, videbatur, ſoli ei cui id jus conſtitutum erat, competere jus re vtendi fruendi, non alij: Et vero vt alius id quantumuis permittente fructuario poſſit, ex
3 æquitate admiſſum, probatur ex hac ipſa oppignoratione vſusfructus, qua facta ait JCtus in *dict. l.* 11. §. 2. *de pignorib.* Tvendvm creditorem, contra quem ipſo iure negatoria actione experitur proprietarius: tuendum nimirum æquitate prætoria: Et quoties eo verbo autores juris noſtri vtuntur, toties pignus aut quem alium actum, ſummo jure non ſubſiſtere ſignificant, vt intelligi poteſt exemplo rei pignoratæ à bonæ fidei poſſeſſore *l. ſi ab eo.* 18. *de pignorib.* & à tutore *l. tutor.* 16. *in pr. de pignor. act.* & oppignerati nominis *l. ſi conuenerit* 18. *in pr. de pign. act.* & pignoris pignorati *l.* 1. *C. ſi pign. pign.* ſicut & alibi quædam ipſo jure Quiritium, quædam prætorio, aut tuitione prætoris ſubſtere dicuntur *l.* 1. *in pr. quib. mod. vſusf. am. l.* 1. §. *vlt. de ſuperfic.* Et igitur contra actionem negatoriam proprietarij, contra creditorem qui vſumfructum pignori accepit, inſtitutam, creditorem defendit hac exceptione prætor: Quod inter eum & fructuarium ita conuenerit. *d. l.* 11. §. 2. *de pignorib.* qua exceptione hoc dicit, ſe non ex perſona ſua & jure proprio, ſed ex permiſſu fructuarij, & eius quaſi loco & vice re vti &
4 frui. Effectus huius pignoris erit, vt creditor non ſoluta pecunia vſumfructum vendere poſſit, ſed nimirum vt emtor eo jure eum habeat, quo penes creditorem fuit, & eo tamdiu vtatur quamdiu durat jus in perſona debitoris, ſaluo ſemper jure proprietarij, cuius conditio per fructuarium nulla ratione deterior fieri poteſt: & cum jus domini

& ipſa

& ipſa proprietas numquam venerit in obligationem pignoris,conſequenter neq; potuit venire in venditionem. Ea ratione ſi cum bonæ fidei poſſeſſor rem dediſſet pignori, & creditor non ſoluta pecunia eam diſtraxiſſet, id vtiq; vero domino non poterit præiudicare, quominus ante completam vſucapionem rem ſuam euincat. Iſtud certiſſimam rationem habet, & probatur ex *d. l.11. §. 2.* quod ex perſona fructuarij & eius conuentione defendatur creditor: Itaque omnino 5
falſum videtur, quod ſcribit *Neguz.p. 2.memb. 3.num.*12. vſumfructum venditum à creditore,cui pignori datus fuerat, numquam reuerti ad proprietatem: Iniquum enim ſit, facto fructuarij ius proprietario auferri: & ita effectu ipſo proprietas quippe quæ inutilis eſt, ſi ad eam numquam reuertatur vſusfructus,vendita eſſet: & imò implicat contradictionem vt ſit vſusfructus qui numquam conſolidetur cum ſua proprietate. Citat Neguz. *Baldum in l.* 1. *C. ſi pign. pign. dat.* qui ſane ita obſcure loquitur (niſi forte error typographi eſt) vt vix ſatis eius mẽtem intelligas. Sed quidquid ille ſenſerit, ſi intellexit iſtum caſum quem tractamus, quo fructuarius nudus ſine conſenſu proprietarij rem pignori dedit,ſententia iſta numquã defendi poteſt. Sed ſane magis credendus eſt ſenſiſſe de caſu,qui attingitur *in d. l.* 1. & quem initio cap.loco priori propoſuimus,quo ipſe dominus plenus per ſeparationẽ à proprietate,vſumfructum pignori dedit,& creditor vſumfructum hunc vendidit.Et ait Bald.non pertinere huc deciſionẽ *§.finitur. Inſt.de vſufr.* quæ agat de caſu,quo vſusfructus nec permiſſione Legis nec voluntate contrahentiũ venditur.Quod poſterius fieri explicat, quando permiſſione ipſius proprietarij alteri vſusfructus venditur: & ad proprietatem hoc caſu numquã reuerti ſcribit vſumfructum: quod ibidẽ rectiſſime explicat notator ſiue additionator: quod non reuertatur mortuo alienante,ſed bene reuertatur,mortuo nouo adquirẽte: vt nimirũ Baldus intelligatur opponere voluiſſe caſum,quo conſentiente proprietario alienat fructuarius,alteri caſui, qui fructuarius vendit ignorante vel inuito proprietario. Hoc caſu tantũ venditur ius nudum reale,& vt loquuntur Dd.commoditas vtendi fruendi: itaq; mortuo vendente expirat ius quoque ementis, & finitus vſusfructus redit ad proprietatem ſtatim. Illo autem caſu propter proprietarij conſenſum, omne ius etiam perſonale abit à fructuario in nouum adquirentem, & ipſe nouus vſufructuarius conſtituitur: itaque in eius perſona tantum conſiſtit & finitur vſusfructus, & eo moriente demum, non vero mortuo venditore,qui deſiit eſſe fructuarius, finitur vſusfructus,

Digitized by Google

& redit ad proprietatem. Atque ita omnino cum dicto Notatore explicandum eſt, quod Baldus eo caſu negat vmquam vſumfructum reverti ad proprietatem: niſi eum manifeſti erroris arguere velimus. Et quid enim poſſit fingi abſurdius aut falſus, quam vt proprietarius qui conſenſit in ſolam vſusfructus alienationem, credatur ſibi in perpetuum præiudicare voluiſſe, vt numquam ad ſe reuertatur vſusfructus, nec mortuo quidem nouo adquirente: quod & ipſi naturæ & eſſentiæ repugnat: vt credibile non ſit, tam abſurdam opinionem vmquam Baldo in mentem veniſſe. Iam vt de altero Baldi membro dicamus, quo venditur vſusfructus permiſſione Legis, & nimirum pignori datus, in caſu, quem diximus, quo dominus plenus per ſeparationem à proprietate vſumfructum pignori alicui dedit, cum pignus hoc vſusfructus ab eo ceperit, ſi creditor poſtea alteri eum vſumfructum vendet, cum ab ipſo domino ipſe vſumfructum habuerit, & ſane permittente lege vendat, admitti poteſt idem hic obtinere, quod obtinet, vbi vſusfructus venditus eſt conſentiente proprietario, (nā & debitor ex natura & ratione pignoris, vt id vendere liceat videtur conueniſſe § 1. *Inſt. quib. alien. lic.*) vt nimirum vſusfructus non ex perſona creditoris (qui & ſaltem fragilem & ad nutum debitoris finibilem vſumfructum & cum iure eum vendendi accepit) ſed ex perſona emtoris finiatur, & non mortuo creditore, ſed emtore ad proprietatem reuertatur. Quæ prolixius nobis explicanda fuerunt, ne quem decipiat autoritas Baldi, malè & incurioſe allegati à Neguz. & qui, auſim dicere, ſententiam Baldi non intellexit. Prorſus dupliciter & quidem craſſe errauit 1. quod ſententiam Baldi accommodat ad caſum, quo fructuarius nudus, ius illud ſuum ſiue commoditatem vtendi pignori dedit: in quibus terminis illa ſententia falſiſſima eſt, ſed Bald. vt dixi, intelligit caſum *l. 1. C. ſi pign. pign.* quo ipſe dominus plenus per ſeparationem à proprietate, pignoris cauſa primò conſtituit vſumfructum 2. errauit quod ſimpliciter proponit, vſumfructum numquam reuerti ad proprietatem, & ita Lectorem errantem dimittit; cum Baldus ita, vt diximus, ſit explicandus: ceteroquin non minus & iſta ſententia falſiſſima eſſet. Diſcant hinc Lectores, caute verſare vulgatos Scriptores, ne temere eis habeant fidem: & illi tantum hoc agunt, vt nullo aut non magno iudicio, quæ ab aliis in lucem prodita ſunt, congerant & transſcribant.

Capvt

CAPVT VII.

De pignore ſeruitutum realium.

1. *Quomodo pignorari poßit ſeruitus realis.*
2. *Ratio differentiæ inter vrbanas & ruſticas.*
3. *An ſeruitus formalis pignori dari poßit?*

DE harum pignore & hypotheca intricatius quæritur, imò de pignore tantum. Etenim tractatur tantum an ſeruitutes pignoris cauſa ita in alium transferri poſſint, vt interim dum pecunia ſoluatur, creditor illis poſſit vti: quo ad hypothecam in ſpecie dictam quæſtio nulla eſt. Peruulgata eſt quæſtio hæc, de qua paucis agemus. Eſt ea itidem duplex. Etenim ſicut de vſufructu, ita & hîc tractatur 1. an à domino prædij pignoris cauſa initio ſeruitus conſtitui poſſit, ita vt, donec pecunia reſtituatur, creditor per eius fundum interim, eat, agat, aquam ducat, &c. 2. an ſeruitus iam conſtituta à domino fundi dominantis cui debetur & v.c. per fundum Titij, poſſit eam pignori dari: ita, vt creditor interim dum pecunia ſoluatur, iure debitoris vti & per fundum ſibi quoque vicini Titij ire poſſit. Vt enim locus ſit quæſtioni, oportet terminos habiles ponere, & quod creditor, cui oppignorari debet ius iſtud, & ipſe fundum vicinũ habeat, fundo Titij, qui ſervit fundo debitoris, vt adeo jus iſtud & creditori vtile eſſe poſſit. Interpp. vulgo *Bald. & alii in l.* 11. *de pignorib.* eodem ſenſu inter ſeruitutes cauſales & formales diſtinguunt: Illas dicunt, quæ jam à domino conſtituuntur: quod alij dicunt, ita ab initio ſeruitutes pignoris cauſa conſtitui: has quæ jam conſtitutæ & in eſſe ante productæ ſunt, & ita an pignori dari poſſint, quæritur. Tractatur hæc res in *d. l. ſi is* 11. §. *vlt. cum l. ſeq. de pignorib.* ex quo loco nec aliunde, iſtius quæſtionis deciſio ſumi debet: qui textus, quamuis ſatis perſpicui eſſe videantur, tamen in tres diuerſas hic itum eſt opiniones. Vna eſt quorundam Neotericorum, & ex his *Charondæ* 1. *veroſim.* 5. *Donelli de pignor. c.* 10. *Duareni* 2. *diſput. ann.* 13. Putant illi 1. quod nulla ſeruitus conſtituta jam & formalis, vt loquuntur Dd. poſſit pignori dari 2. pignoris cauſa conſtitui ſeruitutes omnes tam vrbanas quàm ruſticas ſtatuunt. Quo ad priorem propoſitionem, conſentientes habent Interpretes communiter, qui &

ipſi negant, formales ſeruitutes dari pignori poſſe, vt videre eſt apud *Neguz. p. 2. memb. 3. nu. 15. & 16.* neque improbabilis eſt illa opinio. Sed & ſecunda illa propoſitione diſſentiunt Dd. vulgo, & eos diſſentire perſpicui textus *in dict. l. 11. §. vlt. & l. 12.* coegerunt, vbi manifeſtiſſimè hactenus inter ſe vrbanæ & ruſticæ ſeruitutes opponuntur & à ſe inuicem diſtinguuntur. Et non poſſum non mirari iudicium doctiſſimorum virorum, Duareni inquam & Donelli, dum adeo aperte propoſitam differentiam deſtruere conantur. Nec ferri poteſt illorum interpretatio, vt quod *in l. 11. §. vlt. & l. 12.* illic de vrbanis hic de ruſticis traditur, tantum exempli cauſa propoſitum eſſe dicatur: quoniam in *d. l. 11. §. vlt.* non aliquot ſingularium ſeruitutum mentio fit, ſed de genere & nimirum de ſeruitutibus vrbanis prædicatur, quod pignori dari non poſſint. Tum non minus abſurdum eſt, vt quod eodem modo & iiſdem penè verbis vtroque textu per oppoſitionem traditur, alterum quidem, & nimirum *dict. l. 11. §. vlt.* de conſtitutis, ſed alterum in *l. 12.* de conſtituendis ſeruitutibus explicetur: & ita quod de vrbanis dicitur in *l. 11. §. vltim.* non minus verum ſit in ruſticis: & contrà, quod de ruſticis in *l. 12.* non minus obtineat in vrbanis: quæ peruerſa & prorſus abſurda interpretandi ratio eſt. Et proinde rectius longe ſe habet communis opinio, vt etiam vbi de ſeruitutibus pignoris cauſa ab initio conſtituendis quæritur, inter vrbanas & ruſticas diſtinguatur. Quod cum didiciſſent Interpretes ex *dd. ll. 11. & 12. de pignorib.* juxta quas ea diſtinctio ſine euidenti cauillatione negari
2 non poteſt, ea de cauſa in rationes differentiæ inquiſiuerunt. Illa recta eſſe non poteſt, quod ſeruitutes non poſſint conſtitui ad tempus: cum id ſit & ruſticis ſeruitutibus generale & commune: & præterea quod Iaſon *in §. Item Seruiana Inſt. de action. n. 117.* mouet, licet non ſummo jure, effici tamen pacto & per exceptionem poſſit, vt re ipſa ſeruitus vſq; ad tempus conſtituatur *l. 4. de ſeruit.* & ipſa quoq; ſeruitutum pignoratio propter vtilitatem contrahentium admiſſa dicitur in *l. 12. de pignorib.* Communiter probatur ratio differentiæ quam tradit gloſſa, quod admiſſa pignoratione vrbanarum ſeruitutum, futurum ſit, vt vrbs ruinis deformetur, velut ex ſeruitute tegni immittendi, proijciendi, protegendi, & ſimilibus apparet: Cui addo, quod vtcunque non vbique forte deformitas aliqua ſequatur aut ruina, tamen vt iſta fiant, in quibus hæ ſeruitutes conſiſtunt, fere opus eſt ſumtibus, quos poſtea ſoluta pecunia, dum illa deſtruuntur, alteruttum perdere neceſſe ſit,

quod

Digitized by Google

quod non caret incommodo. Iaſonis adeo obiectio, quod ratio deformitatis in multis etiam vrbanis ſeruitutibus ceſſet, non magni eſt momenti: cui & ego ſatisfaciam cum Bartolo, qui in *l. 11. §. vlt. de pign.* ingenue & aperte ſcribit, ſi qua ſit ſeruitus etiam vrbana in qua ceſſet ratio prohibitiua, & cuius ſit eadem conditio quæ ruſticarum, eã poſſe pignori conſtitui: quam ſententiam ſimul & exemplum in ſeruitute ne altius quis tollat, citato loco probat *Neguz. n* 17. *&* 18. & ante eum Cepoll. probauit *cap. 12. in fin. de ſeruit. vrb.* Neque abſurdum eſt, vt ex propoſitione indefinita, qualis eſt in *l. 11. §. vlt. de pignor.* vna aut altera ſpecies eximatur aut excipiatur. Videtur tamen huic ſententiæ Bartoli refragari ratio generalis, ob quam nulla ſeruitus vrbana videtur poſſe pignori dari, & quam proponit *Cuiac.* 15. *obſ. 6.* quod nullum pignus vtiliter conſtituatur, niſi quod vendi poſſit, idque in ſeruitutum quoque pignore requiri, docet *l. 12. de pignor.* ibi, *vendere eas vicino liceat.* Seruitus autem vrbana vni pignoris cauſa conſtituta alteri vtilis eſſe non poſſit, ideoque nec vendi. Et tamen nec hæc ratio militat in omnibus ſeruitutibus vrbanis: & in terminis iam dictæ ſeruitutis altius non tollendi, ſi ponuntur intermediæ ædes Titij, inter ædes Caij & Sempronij, depreſſæ & humiles, & pignoris cauſa Titius conſtituat iſtam ſeruitutem ædibus Caij, poterit ea ſeruitus vtilis quoque eſſe ædibus Sempronij: quod & in ſeruitute proſpectus & magis locum habere poteſt: quamuis ſane poſſit contingere vt ædibus ex vna parte officiatur luminibus Caij, vt non officiatur luminibus Sempronij, in quibus terminis fatebor pignus iſtius ſeruitutis vtile non futurum. Et hactenus de ſeruitutibus pignoris cauſa conſtituendis. Probaui au- 3 tem ad *Treutl. part. 1. diſp. 17. th. 12.* non inepte tentari, quod etiam ſeruitutes conſtitutæ & formales poſſint pignori dari, ita vt hic quoque differentia eadem maneat ſeruitutum ruſticarum & vrbanarum: quod nimirum hæ tantum illi, cui conſtitutæ ſunt ſemel, regulariter (nam & hic exceptio poteſt admitti) vtiles eſſe poſſint, quod ſecus eſt in ruſticis. Nec difficulter remouentur, quæ huic objiciuntur ſententiæ. Gloſſa *& Salicet. in l. 11. §. vltim. & l. ſeq.* objiciunt, quod ſeruitutes non ſint in bonis *l. 1. in f. de vſu & vſufruct.* & pignori ea tantum obligari poſſint, quæ ſunt in bonis noſtris. *l. 6. C. ſi res vltim.* Dependet ea obiectio, ex interpretatione vitioſa *dict. l. 1.* Et vero nos *lib. præced. cap. 7.* eum locum ita explicauimus, vt huic opinioni minime obſtet: Sed & præterea licet

Digitized by Google

licet forte ſummi ratio iuris iſti oppignorationi obſtet, tamen ſuaſit illam vtilitas contrahentium admitti, vt eſt in *d. l. 12. de pignorib.* Et amplius JCtus in *dict. l.* 1. iſtud tantum conſideraſſe & eo reſpexiſſe videtur, quod ſeruitutes conſiſtunt in ſimplici vſu, & ex ſeruitutibus v. c. eundi, agendi, nulla (quod in nominibus & actionibus contra eſt) ad nos reuera pecuniaria vtilitas redit: vt ita nec reuera in bonis eſſe videantur, nec ex bonis: & vtique cum nobis debeantur, nec extra bona. Quæ fortaſſe ſimplex illius loci ſententia eſt. Aliam mouet objectionem Salicetus, quod ſeruitutes conſtitutæ debeantur rei meæ, & proinde ego non poſſim facere vt debeantur prædio creditoris niſi conſentiente domino prædij ſeruientis, & tunc eſſet noua ſeruitus, non mea quam volebam obligare. Sed vt forte hæc ratio obſtet, & faciat, quò minus ipſo iure valeat pignus, at non facit, quin defendi poſſit ex æquitate, & ob contrahentium vtilitatem, vt in *l. 12. de pignor.* ait JCtus. Sed & idem fere incommodum occurrit, vbi de ſeruitute ruſtica pignoris cauſa conſtituta, & vendenda tractatur, aliud enim prædium, & alius qui ſeruitute vtatur, ſubſtituitur: neque abſurdum eſt, ſubſtitui alium fundum dominantem manente eodem fundo ſeruiente, in quo ſeruitus præcipue inhæret. in quo nec vlla infertur injuria domino fundi ſeruientis: cum & quiſque vendendo fundum dominantem, faciat, vt alius ſeruitute vtatur: & habent ſeruitutes terminos ſuos, quos nemo ſucceſſorum poteſt vtendo excedere. Et facit non parum pro iſta ſententia textus in *l. quæſitum* 8. §. *ſi ſeruitute* 5. *de precar.* quæ probat, quod etiam ſeruitutis jam conſtitutæ vſus alteri concedi poſſit. Quod ſi hoc fieri per precarium poteſt, quidni etiam per pignus? Et perpetuo hoc repeto & vrgeo ex *l. 12. de pign.* quod pignoratio hæc non valet jure ſtricto, ſed ex æquitate propter vtilitatem contrahentium admiſſa eſt: Ex quo reſponderi poteſt *ad l. ex meo 24. & l. cum eſſent. 33. d. ſeru. ruſt. præd.* in qua etiam hoc occurrit ſingulare obſtaculum, quod ibi de fructu ſeruitutis, penes eum cui conſtituta eſt, manentis, alteri conſtituendo tractatur. Verum hæc ad iſtam quæſtionem ſufficiant.

Capvt

Digitized by Google

CAPVT VIII.

De pignore Nominis.

1. *Nominis pignus ex æquitate.*
2. *Vtilis actio qualis ſit, quæ ex cauſa huius pignoris datur.*
3. *Turpis error A. Fabri.*
4. *Alia ratio defendendi huius pignoris.*
5. *Si nomen pignori datum habeat annexam hypothecam.*
6. *Alius modus tuendi pignoris.*
7. *An qui ſcit nomen pignori datum creditori ſuo ſoluere poßit?*
8. *Debitor cuiuis poteſt ſoluere creditori creditoris ſui.*
9. *Excuſſa duplex ampliatio Neguzantij.*
10. *Ad l. grege. 13. §. 2. de pignor.*

NOmen quoque & actio res eſt incorporalis. Et hoc genus pignoris non ſtricta ratione, ſed ex æquitate, admiſſum & propter vtilitatem contrahentium, textus, qui de iſto pignoris genere tractant, perſpicuè oſtendunt. *In l.* 4. C. *quæ res pign.* nomen pignorari poſſe jampridem *placuit*, quo verbo partim ſignificatur, aliquid præter ſtrictam juris rationem eſſe receptum: & in *l. grege.* 13. 2. *de pignorib. cum accipi poſſe placuerit*, & coniunctim enim ibi de pignore pignori dato & nominis pignore tractatur: & in *l. ſi conuenerit.* 18. *in pr. de pignor. act.* hanc conuentionem, ait JCtus eſſe *tuendam* de quo verbo diximus ſupr. in *cap. de vſufructu.* Et pignori igitur nomen dari poteſt, *dd. text. & l. cum conuenit.* 20. *de pignor.* idque non tantum ſpecialiter, ſed vt in pignore quoq; aut hypotheca generali contineatur, *d. l.* 4. C. *Quæ res pign.* Ita & hoc ſuadente vtilitate contrahentium: quod & docet *l. poſtquam.* 7. *C de hered. vend.* vbi dicitur eò decurſum eſſe, vt cautiones debitorum pignori dentur. Et mero jure cur pignus id ſubſiſtere non poſſit, hæc ratio perſpicua & ſolida eſt, quod fieri non poteſt, vt hic vlli actioni hypothecariæ, quæ realis eſt, ſit locus, quoniam obligatio in aliam perſonam à perſona debitoris haud poteſt tranſire, & nihil actum eſt inter debitorem, & eum cui pignori aut hypothecæ nomen obligatum fuit, quod pluribus *Tract. de pignorib. c. 3. exſequitur Hottomannus.* Et oſtenditur hoc quoque ex ratione & modo quo prætor hoc pignus tuetur, & efficit vt vtile ſit. Et nimirum, vt creditori det actionem

Digitized by Google

contra ſui debitoris debitorem, & ita eum tueatur in pecunia exigenda, & quidem det actionem vtilem *l. 4. Cod. Quæ res pignor. leg. 18.*
2 *de pignor. act.* Et iſtam actionem *Cuiac. in d. l. 18. ad librum 29. Pauli* cenſet eſſe hypothecariam poſt multos, quos licet in diuerſa quæſtione citat *Neguzant. p. 8. membr. 1. n. 19.* Sed verior eſt opinio *gl. Per. & Dd.* qui in *d. l. 18.* frequentius putant, eſſe eam vtilem actionem perſonalem, quæ etiam ei ex æquitate & reſcriptis principum adcommodatur, qui nomen venditum, donatum, legatum, aut in ſolutum accepit, *l. emptor. 5. l. ex nominis. 8. C. de hered. vend. l. 18. C. de legat. l. ſi eum emptor. 16. in pr. de pact.* Etenim qua ratione v. c. nominis venditio admiſſa fuit, ita vt emptori vtiles actiones darentur in debitorem: eadem quoque vt pignorari poſſet nomen, fuiſſe admiſſum videtur, vt eiuſdem generis actio daretur creditori. Idque benè confirmatur ex *l. 2. C. Quand. fiſc. vel priu.* quæ probat; quod qui obtinuit in judicio, poſſit contra eius, qui ſuccubuit, debitores agere, & nimirum, quod ſubintelligendum eſt, actione vtili, tamquam ex cauſa pignoris judicialis. Et prætereà nihil eſt, quod hic perſequatur hypothecaria, quæ eo tendit, vt aliquid reſtituatur, & res pignorata in creditorem transferatur, quod hic fieri nequit: atquin exigere à debitore pecuniam, quod intendit hæc actio vtilis, perſonalis actionis eſt effectus: Nec mouet quod ex *l. 20. de pignor.* obijcit Cuiacius, creditorem agere jure pignoris. Etenim pro qualitate pignoris etiam comparata eſt actio: & cum vtiq; nomen pignori datum dicatur, & hoc pignus per hanc actionem defendatur, ſanè & iſtà actio licet perſonalis rectè dicitur competere jure pignoris: quamuis in *d. l. 20.* non ita dicat JCtus quod jure pignoris agatur, ſed ita conuentum eſſe, vt creditor jure pignoris debitum recipiat. Et hæc nimirū eſt prima & principalis ratio tuendi pignoris, nec alia per viam actionis eſſe potuit, quam vt creditori qui pignori nomen accepit, vtilis actio contra debitoris ſui debitorē daretur: & hæc ratio tuendi pignoris, & quod creditor vtili hac actione pecuniam à debitore ſui debitoris exigere poſſit, apertiſſimè probatur in *l. 4. C. Quæ res pign. & in l. ſi conuenerit. 18. de pign. act. grege. 13. §. 2. de pignor.*
3 vt reuera portentum ſit & monſtrum, quod contra ſcribit *Faber de error pragm: decad. 5. cap. 10.* nullam talem actionem creditori cui nomen pignori datum eſt, competere, ſed ſolam ſupereſſe ei hypothecariā actionē, hoc effectu, vt ſoluere debitor creditori ſuo prohibeatur, & patiatur nominis diſtractionem. Et cui bono tandem ad hoc hypot.
actione

Digitized by Google

actione creditor agat, vt ne debitor creditori ſuo ſoluat, cum id conſequi etiam nuda denuntiatione poſſit. Et vtcunque concedam poſſe creditorem pignoratitia contraria agere, vt nomen ſibi cedatur, quod ex Cyno *Salicetus notat in l.*4.*C. Quæ res pign. n.*4. attamen prædicta faciunt, vt id neceſſe non ſit, cum etiam citra ceſſionē vtilis actio ſuperſit. Et licet amplius concedam, poſſe nomen vendi quod datum pignori fuit, quod videtur probari ex *l. poſtquam* 7. *C. de action. in l. hered. vend.* Attamen nemo vnquam audiuit, quod adhoc vt vendere liceat, inſtituenda ſit actio hypothecaria: Et longè ineptius infertur: vendi nomen poteſt: Ergo & ipſe creditor non poteſt agere in debitorem actione vtili: quod quidem confutatur per ipſam *d.l.*7. Nec minus falſum eſt, quod ſcribit *d.cap.*10.*dec.*5. in generali tacita hypotheca non poſſe ad exactionem vel venditionē nominis pignorati creditorem venire, niſi vbi alia non ſuperſint bona, ad inſtar pignoris judicialis juxta *d. l.* 2.*C. Quand. fiſc. vel priu.* Etenim iſte caſus hanc rationē habet, quod nomina non capiuntur in cauſa judiciali, niſi deficientib⁹ alijs bonis: itaque quamdiu ſuperſunt alia, nullum nominis eſt pignus. Atquin quod in hypotheca generali contineantur etiam nomina, extat *in l.* 4. *C. Quæ res pign. obl.* qui quidem locus vix, imo non poteſt reſtringi ad pignus expreſſum conuentionale. Sed vt ad rem noſtram redeamus, hæc quam diximus, eſt ratio iſtius pignoris tuendi, vt creditor actione vtili exigat debitum, & ſi illud pecuniarium ſit, ſecum compenſet, ſin ſpecies certa & corpus illud exactum penes ſe pignoris loco retineat. *l. grege* 13. §. 2. *in f. de pignor. l.* 18. *in pr. de pign. act.* Et illud de compenſatione, vbi pecuniam exegit creditor, ita amplius explicandum videtur, vt ſi minus ſit, reſiduum actione ſua petat: ſin plus, quod ſupereſt, conuentus pignoratitia actione reſtituat. Atque ita haud dubiè juris erit, ſi plus exigent. Et hoc tamen fiat fortaſſis de facto tantum: ceteroquin actione vtili ipſo jure, tantum quantum ſibi debetur, exigi poſſe videtur, vt eſt expreſſum. *in d.l.* 4. *C. Quæ res pign. in fin.* & illud enim quod ibi additur perſpicuum eſt, quod à debitore non poſſit plus exigi, quam ipſe debet. Atque ita obtinet in ſimplici pignore nominis, cui⁹ cauſa tantū actio perſonalis competit. Quod ſi nomen pignori datum annexam habeat hypothecam, rem v. c. aliquam pignori obligatam, creditori quoq; hypothecaria competet: quam ſententiam Bart. *Neguz.* refert & probat *part.* 2. *membr.* 3. *n.* 24. quamuis videatur diſſentire *Salicet. in l.*4.*Cod. Quæ res pignor.*

 *n.*1.*in*

Digitized by Google

n.1.in fin. Ego addendum tamen calculum crediderim priori ſententiæ: hoc argumento, quod & nomine ſimpliciter vendito ſimul tranſit jus hypothecæ annexum, vt non obſcurè probant *l 5.§.2.in fin. Quibus mod.pign.ſolu. l.pen. C.de hered. vend.* quod & de redempto nomine firmat apertius *l. mandati. 14. C. de fideiuſſorib.* Atq; hæc de primo pignoris iſtius tuendi modo per actionem vtilem. An autem prius ſit excutiendus debitor principalis, antequam actio vtilis hæc moueri poſſit, contra debitorem debitoris, infr. *lib.2.* in materia hypoth. acti-
6 onis dicemus. Pertinet 2. & iſtud ad modum tuendi pignoris iſtius, quod ſi conuentus debitor actione vtili ſoluerit pecuniam, prætor ei dat exceptionem aduerſus creditorem agentem, qui nomen pignori dederat. *l. nomen. 4. C. Quæ res pign. & l. ſi conuenerit. 18. in pr. de pign. act.* Etenim vtcunque nomen pignori datum fuerit, & ex ea cauſa creditor vtiles actiones habeat, tamen actiones directæ penes debitorem pignorantem manent. Qua de cauſa & debitor ille creditori ſuo adhuc ſoluere poteſt: antequam ſcilicet præuertat creditor, cui datum nomen pignori fuit: quod & hic, vt ſi nomen venditum aut alio modo translatum in alium fuerit, fit conteſtatione litis, aut etiam denun-
7 tiatione juxta *l.3.C. de nouation.* Vbi quæritur, ſi debitor ſciat, nomen eſſe pignori datum, an adhuc creditori ſuo ſoluere poſſit, & an hic ſit quoq; opus denuntiatione? Quod ego puto affirmandum: quoniam denuntiationem Lex requirit. Nec quidquam mouet, quod dici ſolet, qui certus eſt, non eſſe eum amplius certiorandum. Nam, quod in *d.l.4. C. Quæ res pign.* Salicetus bene reſpondet, certus non eſt amplius certiorandus ab eo, qui in jure communi (ſunt verba Saliceti) vult ſtare, ſed eſt ab eo, qui vult conſequi aliquod jus ſpeciale, cuiusmodi eſt jus de quo quærimus, inhibitionis: adeo non hic quæritur de ſimplici effectu notitiæ, ſed de alio effectu, vt debitori auferatur facultas, quominus creditori ſuo ſoluere pecuniam poſſit, quæ facultas per ſimplicem nominis hypothecam ad pignus non tollitur, ſed requiritur inſuper denuntiatio. Et poterit tamen debitor etiam citra denuntiationem præcedentem, ſi velit ſoluere creditori, qui nomen pignori accepit, & nihilominus illa exceptione de qua in *d.l.18. de pign. act.* defendetur quippe cum hæc ſolutio creditori ſuo proficiat ad li-
8 berationem. Qua ratione vt obiter addam, generaliter defendi poſſe videtur, quod etiam extra caſum nomine pignori dati, debitor quiuis poſſit ſoluere creditori creditoris ſui, & ita ſibi patere exceptionem:

nem: quod probatur *per l. ſi liber. 36. in fin. de negot. geſt. & l. ſi opera. 6. de doli except.* Et cum qui pro alio licet ignorante ſoluit, habeat actionem neg. geſt. quoniam eius pecunia debitor liberatus eſt: quidni ex eadem æquitatis ratione debitor, qui ſoluit creditori ſui creditoris & ita hunc liberauit, ſibi adquirat exceptionem? niſi tamen creditor ille poſſit oſtendere, ſe creditorem ſuum, cui pecunia ſoluta eſt, potuiſſe repellere per exceptionem, quo caſu exceptio de qua in *d. l. 6. de doli exc.* replicatione elidetur: cui replicationi in caſu noſtro oppignorati nominis non erit locus, nec enim ea creditor vti poterit, qui ipſe oppignorauit nomen, ex cuius cauſa actio vtilis creditori qui nomen pignori accepit, quæſita eſt: & vero quius ſoluere poteſt ei, à quo jure conueniri poteſt. Non tempero mihi, quin excutiam duplicem ampliationem, quam circa hanc materiam proponit *Neguz. p. 2. memb. 3.* 9
Altera eſt *n. 22.* vbi ait, quod de nomine pignori obligando traditum eſt, procedere etiam in nomine meo proprio, vt mihi obligetur. Exempli cauſa, ſi Titio debeam centum, & hic mihi viciſſim debeat, ſub hypotheca omnium bonorum ſuorum, putat Neguz. quod in generali illa hypotheca, etiam ſit obligatum nomen meum proprium, & ſcilicet actio, quam Titius non ſolum contra alios debitores (de quo conſtat) ſed etiam quam contra meipſum habet. Mihi ampliatio iſta probanda non videtur, nec extendendum nominis pignus, quod contra ſtrictam rationem juris receptum eſt: & perabſurdum videtur, vt mihi ſit obligata actio, quam debitor meus contra me habet: & remedium vtrumq;, quo ſupra hoc pignoris genus vtile fieri diximus, hoc caſu ceſſat, cum nemo aduerſus ſeipſum agere aut excipere poſſit. Neque ſufficit quod debitor poſſit vti retentione: neque enim hoc jus retinendi ſolum poteſt inducere verum pignus, vbi nulli actioni umquam locus eſſe poteſt: & falſa eſt replicatio Neguzantii, quod ſi res pignori tradita ſit, pignus tantum vtile ſit quo ad retentionem: quia imo, ſi forte amiſſa ſit poſſeſſio, hypothecaria actio datur. Altera eſt ampliatio eodem loco *n. 29.* Legatarius poteſt grauari fideicommiſſo, vt rem ſibi relictam alteri reſtituat, quæ res ipſi fideicommiſſario tacitè obligata eſt, *l. 1. in fin. C. comm. de legat.* Et poteſt legatarius actionem ſuam rectà fideicommiſſario cedere contra heredem, *l. Imperator. 70. in pr. de legat. 2. l. 8. de legat. 3.* Putat poſt Bart. Neguzantius ſi expediat & vtilius ſit fideicōmiſſario (quod forte legatarij perſona ſit ſuſpecta) agere contra heredem, poſſe id eum facere citra ceſſionem,

 vtili

vtili actione: quoniam cum habeat actionem contra legatariũ in conſequentiam illam actionem habeat obligatam, quam legatarius habet contra heredem, & ob id actionem vtilem ad inſtar eius cui nomen pignori obligatum eſt, cõtra heredem poſſit mouere. Sed & iſta traditio falſa & abſurda habenda, & inauditum eſt, vt propterea, quod ego actionem contra Titium habeo, huius actio quam contra alium habet, mihi ſit obligata: neq; quidquam hic inter legatarium & fideicõmiſſarium fingi poteſt actum, ex quo huic vtilis actio contra heredem defendatur. Neq; ex *l.* 1. C. *comm. de legat.* nomen & obligatio quæ inter heredem & legatarium eſt, ſed res legatario grauato relicta, tacitè obligata eſt fideicõmiſſario: ex qua hypotheca ineptè infertur ad nomen & actionem, quæ poſt mortem teſtatoris demum ex aditione tamquã ex quaſi contractu naſcitur. Sed iſta & alia, quæ circa hanc rem latè
10 latis tractat Neguzant. prolixiori refutatione ſunt indigna. Vnicum ad hanc materiam de nominis pignore addo, quod textus in *l. grege.* 13. §. 2. *de pignor.* qui de hac re tractat, non rectè ſe habere videatur, & aliquid aut à Triboniano, aut Interprete aliquo, vel etiam ab exſcriptore turbatum: nimis enim manifeſtò, pignus pignoris, cum pignore nominis miſcetur: & vt maximè quis poſſit docere ſaltem aliquid hiulcum hic eſſe: attamen præterea, quod in terminis nummorũ ſolutorum de actione vtili dicitur, planè inconcinnã habet ſententiam. Qua de cauſa Accurſ. annotare neceſſe habuit, tum quod ibi caſus mutetur, tũ nummos *ſolutos* pro *ſoluendis* explicare. Donellus quidem in *Tract. de pignor.* conatur defendere: & putat, quod quia creditori ſecundo ſolui poteſt, ea occaſione quęrat JCt[9], quo jure nummi illi ſoluti futuri ſint apud creditorem, an nimirum ſint eius futuri jure dominij, an tantum pignoris loco, ita vt pro ijs forte amiſſa poſſeſſione, actione vtili, ſcilicet hypothecaria, ſit vtendum: & quod hæc verba (*quid enim ſi res ſoluta ſit,* id eſt, ſpecies certa) ſint pro ratione dubitandi: vt quia ſpecies & corpus apud creditorem interim eſt loco pignoris, idem de pecunia numeroſa affirmandum videretur. Et quia hacten[9] eadem ſit ratio pignoris pignorati, & nominis pignorati, ideo à JCto adduci diſtinctionem Pomponij circa nomen pignoratum, vt ſi pecunia ſoluatur creditori ſecundo, dominium eius fiat, & contingat liberatio: ſin ſpecies, ea apud creditorem pignoris loco ſit: vt ex iſta diſtinctione intelligamus, in priori ſpecie pignoris oppignorati nummos ſolutos non eſſe pignoris loco, ſed fieri creditoris, nec adeo actioni

Digitized by Google

actioni vtili eſſe locum. Nolo multis & ſtudioſè conquiſitis rationibus diſputare contra hanc explicationem, quod fortaſſis difficilè non fuerit, cum & commentitium & duriuſculum ſit, fingere amiſſam poſſeſſionem, vt vtili actioni poſſis facere locum: (quæ ratio Acc. mouit, vt *ſolutos* nummos acciperet pro *ſoluendis:*) & diſtinctio illa non ita proponitur, vt ad decidendum caſum præmiſſum adducta videri poſſit: & prorſus ita verba textus iſto loco ſeſe habent, vt eam mentem fuiſſe Juriſconſulti, quam Donellus fingit, perſuadere mihi vix poſſim. Et hæc de nominis pignore.

CAPVT IX.

De pignore pignoris.

PIgnoratam rem porrò alteri poſſe dari pignori, *placuit. l.* 1. *C. ſi pign. pign. l. grege.* 13. §. 2. *de pign.* Ita vt qui jus dicit, ſecundum creditorem TVEATVR: *d. l.* 1. quæ, vt ante non ſemel monuimus, arguunt, ipſo jure hoc pignus non ſubſiſtere, ſed ob vtilitatē contrahentium id quoq; admiſſum fuiſſe. Et cum vt ſupra latè diximus, res aliena pignori dari non poſſit, conſequitur, jus, quod alteri & ſecundo creditori conſtituitur, non diutius durare quam jus primi creditoris, cui ſi debitor idemque dominus rei pignoratæ pecuniam ſoluat, jus creditoris ſecundi protinus expirat *d. l.* 1. & *l. debitor.* 40. §. *vlt. de pignor. act.* Durante autem jure primi creditoris, tuetur prætor ſecundum, non tantum per retentionem, ſed etiam data ei perſecutione *d. l.* 40. §. *vlt.* & nimirum vtili actione hypothecaria *d. l.* 1. *Cod. ſi pign. pign.* adeo quidem, vt non ſoluta ſibi pecunia, ſecundus creditor rem vendere poſſit, ordinario effectu, vt venditione perfecta, primus debitor offerendo pecuniam venditionem retractare & rem ad ſe reuocare non poſſit, *d. l.* 1. *in fin.* Ceteroquin ante ſoluendo pecuniam, debitor primus impedit venditionem & omnino liberat pignus: & quidem ſi ſoluat quantum ipſe debet creditori ſuo, non verò neceſſe habet vt ſoluat, quantum creditor primus debet creditori ſecundo: quia cum nexus ſecundus pendeat à primo, hoc ſolutoq;, illum quoque ſolui oportet: ne aliâs iniquè conditio, domino rei, debitori primo, inferatur. Quin & ſecundum ea quæ de pignore nominis

Digitized by Google

minis diximus *cap. præt.* poterit debitor primus etiam ſoluere pecuniā ſecundo creditori, in quam ſententiam rectè accipitur *l. 2. C. ſi pign. pign.* vbi caſus duo proponuntur & opponuntur, quo creditor rem vendidit, & quo alteri eam oppignorauit: illo caſu non poteſt debitor rem recuperare, pecuniam offerendo: hoc vero poteſt, juxta *d. l. 2.* & quidem ſatis eſt, ſi offerat prim⁹ debitor ſecundo creditori, quantum ipſe debet, (nam & ſi primo ſuo creditori tantum ſolueret, pignus omnimodo eſſet liberatum) nec neceſſe eſt; vt tantum offerat, quantum creditor primus ſecundo debet: & iniquum enim foret & abſurdum, vt creditor meus obligando rem meā in ſummā maiorem, conditionē pignoris mei poſſet facere deteriorem. Et facit arg. à pignore nominis, quia cui nomen pignoratum eſt, vtili actione conſequitur, non quantum ſibi debetur, ſed quantum debet is cuius nomen pignori datum eſt, & non plus quam in nomine eſt, *l. 4. inf. C. quæ res pign.* Porrò cùm ſimpliciter dicatur, quod pignus pignori dari poſſit, quæritur non immeritò, an & quoties hoc, an ſemel tantum, an tertio & quarto, &c. poſſit fieri? Tractat id *Neguz. p. 2. m. 3. n.* 20. vbi refert duas opiniones: alteram Speculatoris, quod tertio pignori dari poſſit, nō vltra, vt euitetur infinitas; alteram Baldi, quod etiam millies dari poſſit: quā opinionem ipſe Neguzant. tenendam putat. Sed vereor, vt neutra ſit tenenda: non illa, quia ſi poteſt tertio, cur non & quarto, cum non plus juris habeat creditor ſecundus, quam tertius aut quartus: & prorſus non apparet ratio, cur in tertio numero ſubſiſtendum, & non vltra ſit progrediendum. Non etiam hæc, quoniam nimis abſurda laxitas iſta videtur, & quæ vix poſſit admitti citra iniuriā domini rei, primi debitoris, ſiquidem res, ſi mobilis ſit, quæ per tot manus ambulat, corrumpi facilè & interuerti poſſit. Ego omninò putarim, in iſtis terminis ſubſiſtendum eſſe, quod dicitur pignoratam rem porrò necti pignori poſſe, quæ præpoſitio verificatur in oppignoratione ſecunda, quam fecit creditor primus. Et cum, vt probauimus, hæc ipſa oppignoratio ſecunda admiſſa ſit præter rationem ſtrictam juris, & tuitione prætoris defendatur, vlterius porrigenda non eſt: Et rationem non obſcuram habet, vt liceat plus creditori primo, qui ab ipſo domino rem accepit, quam ſequenti, qui rem pignori accepit à creditore.

Ca-

Digitized by Google

CAPVT X.

De acceſſionibus pignoris vel rei pignoratæ.

1. *Quid ſi vſusfructus proprietati, aut hæc illi accedat.*
2. *Quid ſi vtili dominio accedit directum.*
3. *Quid in partu ancillæ pignoratæ.*
4. *Ad l. 18. §. 2. de pign. act.*
5. *De ſilua pignori obligata.*

MOnuimus ſup. *lib.* 1. acceſſiones iſtas quaſi tacito pignori teneri, quod & nominatim de fructibus prædij obligati dicitur in *l.* 3. *C. In quib. cauſ. pign. tac.* Hic latius, quod & ibi nos hoc loco facturos promiſimus, ea de re agendum eſt. Et non ita afficit pignus illud tacitum, quo minus fructus dominus prædij conſumere aut vendere poſſit, cũ & juxta *d. l.* 3. quod ex precio fructuum comparatum eſt, pignori non teneatur. Sed de fructibus ſeq. capite plura dicemus. Prædium & fundus ſi pignori datus ſit, etiam tenentur quæ acceſſerunt, veluti per alluuionem, *l. ſi conuenerit.* 18. §. 1. *de pign. act. l. ſi fundus.* 16. *in pr. de pign.* vbi nimis craſſa eſt obiectio gl. ex *l. ſi inter.* 21. *eod. tit.* ſicut enim ipſa res pignorata manet in dominio debitoris, ita & quod per alluuionem accedit, eſt debitoris: ſed ita, vt ſicut res principalis eſt obligata creditori, ita & quod acceſſit, incipiat jam pignori teneri. Et eſt alluuio incrementum latens: itaque ſi quid debitor, & verbi cauſa, partem fundi per emtionem, aut quem alium modum contractumq; adquiſiuerit, id pignori non erit. Si dominus nudæ proprietatis rem dederit pignori, & ei accedat vſusfructus, etiam hic pignori tenebitur, *d. l. ſi conuenerit.* 18. §. 1. *de pign. act.* Eſt enim vſusfructus nudum jus, & vbi coniunctus eſt cum proprietate, amplius vt ſeparatũ quid conſiderari non poteſt. Quid contrà ſi fructuarius, qui ius vtendi dedit, proprietatem adquirat? vix crediderim fundum ipſum teneri, quoniã proprietas eſt res principalis, & cum tantũ jus & ſeruitus perſonalis pignori data ſit, abſurdum ſit, ipſam rem, quam adquiſiuit debitor, pignori eſſe. Et cum igitur fructus hoc modo finiatur, quid jã pignori erit, aut an ita creditor jus pignoris amiſerit? Dixerim æſtimandum eſſe vſumfructum,

& quoad jus creditoris perinde habendum ac ſi vſusfructus adhuc ſeparatus eſſet. Et cum hoc modo vſusfructus pignori tradi ſoleat, donec pecunia ſoluatur jure ſuo vtetur creditor, ita vt hactenus non attendatur, quod fructuarius debitor proprietatem adquiſiuit. Quid ſi emphyteuſi aut ſuperficiei aut alias accedat perfectũ & directum dominium? *Bart. in l. 1. in pr. in vers. in ſpecie de pignor.* ita diſtinguit, quòd ſi perfectum dominium quæratur ex cauſa illius juris, quod quis habebat in re, veluti quod quis habebat publicianam & compleuit vſucapionem, tunc res ipſa ſit obligata tota qualis eſt: Si verò dominium debitor quæſiuerit ex alia cauſa ſeparata, tunc, non video, inquit, quare res illa debeat in obligationem incidere: quam poſteriorẽ partem non ſatis intelligo. Planè ſi v.c. Emphyteuta, qui rem pignori dedit, conſequatur directum dominiũ: non dubitarẽ affirmare, quod jus pignoris ſimul augeatur: neque enim emphyteuta nudum habet vſumfructum, ſed eſt inſtar domini, & ipſam rem pignori obligat, quam vt creditor actione Seruiana perſequi poteſt: & hoc tantum commodi conſequitur creditor, quod jam difficilius jus pignoris extingui poteſt. Si area pignori data ſit, ædificium poſtea impoſitum pignori tenetur, (quia ædificium cedit ſolo) *l. domo. 22. de pign. act.* Adeoq; multo magis idem juris erit, ſi domo pignori data, ſuperficies exuſta, & poſtea ædificium aliud impoſitum fuerit: quod docent *l. Paulus. 29. § . 2. l. vlt. de pign.* ſiue ipſe debitor impoſuerit ædificium, ſiue alius. *dict. l. 29. § . 2.* quo caſu an creditor agens hypothecaria teneatur poſſeſſori refundere expenſas videbimus *libr. ſeq. in Tr. de actione hypothecaria*, & an huic obſtet exceptio impenſarum.

3 Amplius ſi ancilla pignori nexa ſit, etiam partus ex ea nati pignoris vinculo tenentur *l. ſi.d.inſſ. 26. § . vlt. in l. 1. Paulus. 29. § . 1. de pign. l. 1. C. de partu pig.* quod procedit in verè ſeruis & mãcipijs: nã qui redẽptus ab hoſtib⁹ eſt, licet interim dũ pretium ſoluatur, ſit loco pignoris obligatus redemtori, vt diximus libr. præced. ſub ſpeciebus tacitæ hypothecæ ſpecialis, & poſtea etiam attingemus, tamen ex eo nati non ſunt eodem jure *l. præſes. 8. C. de poſtlim. reuers.* Sed & illud quoq; in verè mancipijs & ancillis limitatur in *d. l. 29. § . 1.* Si partus & eius quod ex ancilla natum eſt dominium, peruenerit ad debitorem: Ceteroquin ſi apud alium dominum ancilla peperit, partum non eſſe pignori. Ex quo rurſus apparet, per pignus tacitum, quod in acceſſionibus creditor habet, non ita adfici, quæ accedunt,

Digitized by Google

dunt, quomodo ea adfecta ſunt, quæ principaliter pignori tenentur: ſiquidem debitor alienando mancipia in ſpecie obligata non poteſt efficere, quominus duret pignus ancillarum, at poteſt facere, ne in cauſam pignoris cadat partus: ſiquidem ſub tacita quaſi conditione acceſſiones obligatæ cenſentur, ſi earum dominium peruenerit ad debitorem: qua conditione exiſtente, jam demum iſtæ res efficaciter, vt alia obligata pignori intelliguntur. Et tamen limitationi 4
illi Pauli, textus in *l. ſi conuenerit.* 18. §. 2. *de pignor. act.* videtur contradicere: vbi dicitur teneri pignori partum ancillę, qui poſt ancillæ venditionem natus ſit: quod & probat *l. 1. in pr. de Salu. interd*: huius autem vtiq; dominium ad debitorem non pervenit: Communis gl. & ceterorum conciliatio eſt, quod *in d. l.* 18. partus & natus & conceptus ſit apud alium: Sed in ſpecie *l.* 29. ſit conceptus apud debitorum: & quod hoc caſu quodammodo jus in partu ceperit habere debitor, cum quo jure & qua cauſa cenſeatur alienata ancilla jam fœtus in vtero quaſi pars quædam viſcerum matris eſſe cenſeatur. Nec ſanè alia componendi ratio ſupereſt, juxta quam paulo pinguius accipi oportet, quod Paulus in *d. l.* 29. requirit, vt dominium peruenerit ad debitorem. Quamuis verendum ſit, ne hic vt & in alijs multis capp. & quæſtionibus de partu ancillæ, in materia vſucapionis & alibi, non ſatis inter ipſos JCtos conuenerit: Ceteroquin *d. l.* 18. §. 2. *de pign. act.* rectè accipitur de ancilla prægnante, quia dicitur alienari cum ſua cauſa: quod ſanè non rectè diceretur, ſi ancilla vacuo ventre vendita fuiſſet: niſi quis id eò referre velit, quod ab initio cum ancilla pignori obligaretur, hoc ipſum tacitè videatur actum, vt partus quoque teneatur: quomodo ſi explices, fuerit antinomia implacabilis. Porrò amplius dicit *Cyn. in l. 1. C. de part. pign.* quod fœtus vel partus & ante obligationem matris editus pignori ſit, ſi ita tener ſit & recens adhuc, vt non poſſit eſſe ſine matre, quod Salic. ibi admittit, ſit vna cum matre traditus. Forte illa Cyni ſententia non ſit improbabilis, ſi fœtum aut partum adhuc ab vbere matris pendere ponamus: quamuis ſanè iſta non ſint facilè extendenda: & vtiq; partus aut fœt⁹ editus omnino jam à matre eſt ſeparatus. Huic de ex re pignorata natis, eſt affinis quæſtio, de his quæ ex re aliàs oriuntur aut fiunt. 5
Si ſilua pignori obligata ſit, ligna etiam cæſa pignori tenentur, *Salicet. in leg. 3. Cod. In quib. cauſ. pign. tacit. in fin.* ſecus fuerit,

ſi ex lignis jam nauis facta fuerit, nec enim nauis pignori erit *l. ſi convenerit. 18. §. ſi quis. 3. de pign. act.* quoniam hîc res jam tranſiit in aliam formam, & quidem talem, quæ non ſit reducibilis ad priorem formam & materiam. *Salicet. d. loco. Neguzant. p. 2. membr. 2. num. 26.* Quod ex loco illo communi dominij mutandi & adquirendi decidendum videtur, de quo tractatur *in §. cum ex aliena. Inſt. de rer. diuiſ.* Ceteroquin an mutata forma rei pignus finiatur, dicemus *infr. libr. vlt. Quib. mod. pign. ſolu.* Seruo pignorato, peculium non continetur. *l. 1. §. 1. de pignorib.* nam & in venditione ſerui ſemper peculium exceptum intelligitur. *l. 3. de euiction.* Et peculium enim, neque pars ſerui, nec reuera eius acceſſio eſt, ſed prorſus quid à ſeruo ſeparatum, & planè nihil aliud, quam pecunia domini, quæ liberrimè ex arbitrio domini ſeruo & conceditur, & rurſus reuocatur.

Capvt XI.

De partu aut fructibus expreſsè obligatis.

1. *Ad l. 11. §. 3. Qui potior.*
2. *An neceſſe ſit fundum aut ancillam eſſe in bonis tempore pignoris, vt fructus & partus teneantur?*
3. *Ad l. 1. §. 2. de pignor.*
4. *An teneantur fructus bona fide percepti, ſed malè conſumpti?*
5. *Quid in fructibus extantibus & bona fide perceptis.*
6. *Quid in fructibus mala fide perceptis & conſumtis.*
7. *Amplius ad d. l. 1. §. 2. de pign.*

NOn tantum res exiſtentes, ſed & quæ nondum ſunt, & futuræ ſunt, veniunt in pignoris obligationem. Nec loquimur hîc de generali obligatione, in quam veniunt etiam futura & poſt quæſita, licet eorum nulla nominatim mentio facta ſit, *l. vlt. Cod. Quæ res pign. obl.* de quo diximus *ſup. lib. 1.* Sed de rebus futuris ſpecialiter oppignoratis hîc tractamus. Ita partus ancillæ, & fructus naſcituri rectè obligantur: *l. & quæ 15. de pignorib.* vbi tamen parum accuratè vſusfructus quaſi cum fructibus coniungitur: Sed & valdè ambiguè fructus pendentes, fortè an adhuc immaturi, appellantur futuri. Conſtat

ſanè

ſanè pignorari poſſe, quidquid ex fundo natum erit, *l. potior. 11. §. ſi de 3. Qui pot.* Erit autem hæc hypotheca conditionalis quodammodo & ſimul in diem, quia pignori efficaciter necti intelliguntur SI & CVM naſcentur. *argum. l. interdum. 73. in pr. de V. O.* Et præterea valdè hîc 2
obſeruandum eſt, quod ait JCtus in *d. l. 11. §. 3.* vt hoc pignus valeat, oportere vt fundus, ex quo naſcituri fructus obligantur, eo tempore quo conuenit de pignore, ſit in dominio vel in bonis debitoris. Licet enim ipſi fructus principaliter obligentur, tamen ſemper in ſe retinent naturam acceſſorij, adeo ſicut inutile eſt pignus fundi, qui tempore conuentionis in bonis non eſt, vt ſupra diſputauimus, ita nec tenet pignus fructuum ex fundo naſciturorum, qui non eſt in bonis debitoris. Idque in *d. l. 11. §. 3.* itidem reſpondetur, de partu ancillæ obligato pignori, & nimirum non valere obligationem partus, niſi tempore conuentionis ancilla fuerit in bonis debitoris. Vbi primo obſeruandum, ex iſto, non poſſe inferri, ſufficere ſi tempore conuentionis ancilla ſit in bonis, licet poſtea apud alium dominum partus concipiatur & naſcatur, quod eſt contra *l. 1. §. 2. de pignor. l. Paulus. 29. §. 1. eod. tit.* & hic enim illud obſtat quo minus partus pignori ſit, quod ille numquam in bonis fuit debitoris, nec ei affectus fuit *dd. textibus:* Sed hæc eſt ſententia *d. l. 11. §. ſi de 3. Qui potior.* quod vt pignus partus naſcituri valeat, inſuper ancillam oporteat eſſe in debitoris bonis, eo tempore quo conueniat de pignore, preſupponendum autem ex alijs textibus eſt, quod partum vtique conceptum eſſe oporteat apud debitorem. At enim por- 2
rò ſcrupulum mouet, quod non videatur neceſſe eſſe, vt ancilla ſit in bonis conuentionis tempore, ſed vtiq; ſufficiat, in bonis debitoris eam eſſe, eo tempore quo naſcitur partus: cum vtique per ſuperuenientiam dominij pignus confirmetur, cum præſertim ipſe debitor nihil poſſit obijcere creditori, quo minus hic perſequi poſſit partum natum ex ancilla, quæ poſtea in dominio eius eſſe cepit. Tria occurrunt, quæ dici poſſunt. 1. quod arg. *rubr. in d. l. 11. §. 3.* tractatur de jure prioritatis inter plures creditores concurrentes: Finge partum ancillæ, cum ea nondum eſſet debitoris, obligatum Titio, poſt cum eius eſſe cœpiſſet, obligatum Mæuio fuiſſe, poſſit defendi hunc eſſe potiorem. Sed ſane locus ille ſimpliciter de jure pignoris loquitur, & vbi pignus conualeſcit per ſuperuenientiam dominij, res retrotrahitur retro, vt perinde habeatur, ac ſi tempore

Digitized by Google

pore conuentionis res debitoris fuiſſet, 2. dici poſſit, eò pertinere deciſionem *d.l.*11.§.3. vt ſi forte ipſe partus ancillæ poſtea ex aliqua cauſa ad debitorem perueniat, non ob id pignus confirmetur, quippe cum partus tempore conuentionis necdum in rerum natura fuerit, eoque quod de confirmatione pignoris per ſuperuenientiam dominij traditur, huc referri non poſſit: Ceteroquin ſi ipſa ancilla perueniat ad debitorem, & apud eum partus naſcatur, pignus vtile futurum. 3. dici poteſt, quod in *d.l.* 11. §. 3. intelligendum ſit, ancillam tempore conuentionis, certò alienā, & tum apud alium fuiſſe. Et cum dicimus rem alienam pignori dari poſſe, vt confirmetur dominio ſuperueniente, non intelligimus rem prorſus & certò alienam, ſed eam quæ ſit apud debitorem, & ita ſit, vt eam tamquam ſuam pignori obliget: quod apparet hoc argumento, quod vt ſup. probauimus, non conualeſcit pignus rei alienæ, quam creditor eſſe ſciuit alienam. Itaque ſi ancilla fuerit apud debitorem, & hic ancillæ iſtius tamquam ſuæ partum pignori obligauerit, dubitandum non eſt, ſuperueniente ei ancillæ dominio, partum natum omnimodo jure pignoris obſtrictum eſſe creditori. Jam de fructibus amplius videamus: Quid in his juris ſit, diſtinctim proponit Salicet. in *l.*3.C. *In quib. cauſ. pign. tac. & in l.* 1. § *prædium.* 2. *de pignor.* Vbi ego hoc deſidero, quod confuſim tractat vtrumq; caſum, quo fructus expreſsè ſunt obligati, & quo tacitè, cum prędium eſſet obligatum. Quod mihi quidem vitioſè fieri videtur: nec dubitauerim plus operari hîc expreſſam hypothecam quàm tacitam. Videamus de expreſſa, qualis proponitur in *l.* 1. §. 2. *de pign.* & eum locum contra Ant. Fabri *dec.* 93. *cap.* 2. *& ſeqq.* nugamenta aſſeramus. Equidem quod ad ipſum etiam debitorem attinet, qui fructus ex prædio naſcituros pignori obligauerit, non putem adeo affici fructus, quominus ijs ad neceſſitatem familiæ, &c. rectè & liberè poſſit vti. Sed ſanè, ſi quos redegit, vltra neceſſitatem, & ita in creditoris præiudicium alienauerit, eo nomine ſane tenebitur actione hypothecaria. Id per argum. à maiori probatur ex *d.l.* 1. §. 2.

3 Debitor prædium pignori dedit, & ſimul pactus eſt, vt fructus quoque pignori eſſent: poſtea prædium alienauit: quæritur quid juris creditor in fructibus habeat? Reſondet Juriſconſultus, ſi poſſeſſor idemque emptor bona fide fructus conſumpſerit, Seruianam actionem pro fructibus non competere, nec vtilem quidem. Dubitandi rationem proponit ipſe JCtus, quod nec vſucapione

Digitized by Google

one quidem cauſa perimatur pignoris: & omnino certum liquidumque eſt, quod per exceptionem dominij non repellatur actio hypothecaria, quippe cum res cùm ſua cauſa alienetur. Sed reſpondetur, (præterquam quod per conſumptionem res omnino eſſe deſinit) aliam rationem eſſe rei, quæ cum pignori obligaretur, debitoris fuit, aliam horum fructuum, qui numquam debitoris fuerunt. Ex hoc autem, quod pro fructibus bona fide conſumptis hypothec. actio negatur, tria poſſe videntur inferri. Primò, quod ſi fructus etiam bona fide perceptos mala fide emptos conſumpſerit, hypothecariæ actioni ſit locus Ant. Faber, qui hanc rem tractat *d. cer. prag. dict. loco. dec.* 93. *cap.* 2. 3. & 4. irridet conſequentiam & ſententiam 4
iſtam, & omninò putat fructus ſemel bona fide perceptos, non poſſe mala fide conſumi, cum poſſeſſor ſemel factus ſit eorum dominus. Sed inſubtilis obiectio eſt. Nam vt loquamur in terminis poſſeſſoris non domini, conſtat eum per ſuperuenientem ſcientiam rei alienæ conſtitui in mala fide: conſtat etiam, eum dum bonam fidem habet, perceptione quidem dici fructus ſuos facere, ſed reuocabiliter, ita quod inter omnes conſtat (excepto fortaſſis vno Donello, & ſi quis alius eſt) fructus adhuc exſtantes reſtituere teneatur. Et quamquam propriè magis & in materia vſucapionis dicatur eſſe in mala fide, qui ſcit rem non eſſe ſuam: tamen cum euincere rem non ſolum poſſit dominus, ſed etiam qui eam ſibi obligatam habet, creditor, rectè quoque dicitur eſſe in mala fide, qui ſcit rem eſſe alteri oppignoratam. Et ſicut, cui ſuperuenerit mala fides, & ſcit rem eſſe alterius poſtquam percepit fructus, ſi eos quos jam ſcit ſibi reſtituendos, conſumat, non poteſt dici eos conſumere bona fide: ita nec ille, qui eos conſumit poſtquam reſciuit rem alteri eſſe obligatam, & pro quibus ſcit ſe hypothecaria actione conueniri poſſe: Etenim & ſecundo infertur, quod ſi fructus licet bona fide per- 5
cepti adhuc extent, pro illis hypothecaria actione creditor poſſit experiri: neque enim credendus eſt ſine cauſa feciſſe fructuum conſumptorum mentionem. Hoc quoque negat Faber citato loco, negat, inquam, pro fructibus extantibus, quos emtor bona fide percepit, vllo modo actionem hypothecariam poſſe concedi: hac vnica ratione, quæ extat in ipſa *l.* 1. §. 2. *de pig.* quod nunquam iſti fructus debitoris fuerunt, ideoq; verbum *conſumptos* tamquam ab imperito interprete adiectum, cenſet eſſe expungendum. Nos contra hanc teme-

tariam

ſertione iſtius loci in *l.* 1. §. *cum prædium. de pignorib.* Scrupulum autem
hîc mouent ipſi veteres Interpp. & nimirum *Cynus & Salicet. in l.* 3. *C.*
In quib. cauſ. hypoth. tac. vbi in terminis hanc rem tractant. Duos ibi ca- 7
ſus diſtinguunt, an fructus prædij percepti fuerint vel conſumpti, ma-
nente dominio debitoris: an vero dominio mutato. Et ad illum ca-
ſum applicant tres illas propoſitiones & illationes, quas jam dixi. Sed
de hoc caſu reſpondent ſimpliciter, non competere hypothecariam
pro fructibus, niſi fuerint ſati à debitore: & aliàs enim idem iuris eſ-
ſe, quod in partu ancillæ, quem conſtet non teneri, ſi apud alium do-
minum conceptus fuerit & editus. Equidem non bene intelligo, quâ
fronte adcommodent illi deciſionem *d.l.*1.§.2. ad caſum, quo fructus
percepti ſunt, dominio debitoris manente (& ita enim illi aperte) ſi-
quidem ibi diſerte fit mentio emptoris prædij: & egregia ſcil. diuina-
tio fuerit, vt prædium quod debitor procul dubio, cum id hypothecæ
obligaret poſſedit, fingamus ad alium non dominum perueniſſe, &
ab eo rurſus titulo empti in alium tranſlatum fuiſſe: quod illis ſane e-
go defendendum relinquo. Mihi videtur, quod in *d.l.*1.§.2. reſponſum
eſt, recte defendi, obtinere in caſu, quo prædium obligatum ab ipſo
debitore in emptorem tranſlatum fuit, & qui caſus omnino amicus
eſt literis, & quod intelligat JCtus caſum mutati dominij, & quod
debitoris dominium amplius non eſt, ex ratione dubitandi, qua
JCtus ibidem vtitur, apparet, quod nimirum hypothecaria actio per
exceptionem dominij non excludatur. Et quod ſumunt argumen-
tum à partu ancillæ, non videtur recte concludere: vel quia in *l.*18. *de*
pign. act. quam citant, agitur de partu, qui obligatus eſt tacite: vel quo-
niam non ita vt fructus, ita & partus omnimodo pro acceſſione eſt: &
imo pro fructu partum non eſſe, & in aliis quoque animalium fœti-
bus non idem ius quod in partu obſeruari, conſtat. Et videri tamen
poſſit duriuſculum, vt fructus quos emtor & poſſeſſor bonæ fidei imò
dominus, ſua induſtria, ſumtu & labore, ſeuit & percepit, ipſi per a-
ctionem in rem hypothecariam poſſint auferri. Et an igitur inter fru-
ctus hic diſtinguimus, & forte reſtringimus *d l.*1.§.*cum prædium*, ad fru-
ctus naturales: aut an in *d.l.* 1. §. 2. ponimus, fundum iam à debitore
cultum & ſemina in agrum ſparſa fuiſſe, & de fructibus illius anni eſſe
tantum quæſtionem: quod dici videtur non improbabiliter: & veri-
ficatur ſatis deciſio illa hoc quoque poſito caſu, cum ratio illa ſit du-
bitandi imo decidendi, quod de fructibus fuit conuentum: & nec

poteſt debitor credi conueniſſe de fructibus ſeqq. annorum, & qui alterius domini opera eſſent prouenturi: Et vero ita quoque poſito caſu, supereſt illa ratio dub. nihilominus, quod fructus debitoris non fuerunt, neque enim qui colit fundum facit fructus ſuos, ſed qui poſtea, cùm fundum bona fide poſſideret, eos percepit. Sed de his fortaſſe nimis multa.

Capvt XII.

De rebus quæ pignorari non poſſunt.

1. *Ad l. 3. C. quæ res pign.*
2. *Ad l. 22. de contr. emt.*
3. *De hominibus liberis & redemtis ab hoſtibus.*
4. *Ad l. 2. C. de patr. qui fil. diſtr.*
5. *De repraſaliis.*

SAtis hactenus diximus de rebus quæ poſſunt pignorari. Supereſt vt aliquid de his dicamus, quæ non poſſunt. Et petendum iſtud fere eſt ex communi loco. Nam primò omnium res quæ non ſunt in commercio, eadem nec admittunt nexum pignoris. Et ſunt enim res hæ nullius in bonis, rem autem pignori nexam in bonis debitoris eſſe oportet. Tales ſunt res publicæ, ſacræ, ſanctæ, religioſæ, de quibus *l.*
1 3. *C. quæ res pign.* ad quem locum de monumentis loquentem Accurſ. duas ponit limitationes 1. quod ius inferendi poſſit pignori obligari, per *l. 6. C. de religioſ.* (melius id probat textus in *l. monumenta* 14. *C. de legat.*) ſed non eſt ea vera limitatio, quoniam ius inferendi non eſt diuini, ſed magis priuati iuris: itaque iſtud ius hactenus poſſit obligari pignori, cum & in alium transferri, & vt opinor, etiam vendi poſſit. Altera limitatio eſt, quod aliquid religioſi, poſſit cum re alia tamquam
2 principali aut quaſi cum vniuerſitate pignori necti arg. *l. hanc legem* 22. *cum 2. ll. ſeqq. de contr. empt.* quod enim vendi poteſt, regulariter etiam poteſt pignorari *l. 9. §. 1. de pignorib.* Sed vereor vt forte iſta limitatio & ſententia enata ſit ex praua interpretatione illius loci: cuius minime hic videtur eſſe ſenſus, quaſi res ſacra vel modica, vel ſola vel cum alia vendi poſſit; ſed quod hæc adiectio, *ſi quid ſacri vel religioſi eſt, eius nihil*

nihil venit,pertineat ad cautionem venditoris, vt ſi forte pars quædam modica religioſa aut ſacra deprehendatur, nomine doli vel de euictione ob hac conuenire non poſſit: Et ſcilicet hac adiectione quo ad modica loca venditori caueatur: Ceteroquin ſi res tota, vel pars aliquanto maior ſit ſacra vel religioſa,illa adiectio non excuſet venditorem, nec efficiat, quo minus emtio aut nulla ſit, aut venditor de euictione teneatur: His addenda eſt tertia limitatio in rebus ſacris, quæ famis tempore,& pro redimendis captiuis poſſunt oppignorari, *l.ſancimus* 21. (*alias* 18.) *C. de SS. Eccleſ.* N. 7.*cap*.8. Ex numero rerum 5
quæ non ſunt in commercio, ſunt homines liberi. Antiquiſſimo jure liquet & ex Lege Romuli ſecus fuiſſe in filijs fam. quos patres etiam vendere jure poterant: ſed eo jure non adeo diu vſi Romani fuerunt, & venditiones veræ in imaginarias mutatæ: & omnino hæ quoque perſonæ omnino ex commercio exemtæ, vt nec oppignorari poſſint, de qua re & ſimul eorum pœna, qui ſcientes tales perſonas pignori accipiunt *v. l.* 1. *Cod. de patrib. qui filios diſtr. l. vltim quæ res pign. obl. l.qui filios* 6. *Cod. eod.* N.134.*cap*.7. Et exceptio tamen hic addenda erit ex *l.* 2. *Cod. patrib. qui fil.* Quod ſi enim impiæ & famis cauſa licet filium vendere *dict. l.* 2. etiam & multo magis eum pignori dare licebit: vbi vt obiter annotem, non ſunt probandi, qui legunt *ſanguinolentos* & ita explicant, quod patri tantum liceat vendere 4
liberos recentiſſime natos & adhuc à matre rubentes recentes. Et quis vero tale mancipium compararet? Et nimis ſtricta & anguſta fuerit iſta permiſſio, cum pauciores ſint, quibus & ſub ipſum famis perurgentis tempus vxor commode filium pariat. Et quod licuerit filium quemuis ex multis vendere patri, probat locus ex Baſilio in ſerm. περὶ πλεονεξίας, vbi inducit Patrem ſecum diſputantem, an ſeniorem an juniorem filium potius diſtrahat; & ex his quæ ibidem ſubijcit apparet, ſeriò illum & verè illa diſſerere. Et magis placet vt in *dict. l.* 2. legamus cum Haloandro *ſanguinolentVS*, vt referamus ad patrem, qui τὰ σπλάγχνα & viſcera ſua, vt citato loco S. Baſilius loquitur,vendere videtur. Et quæ pro priori ſententia ad eum locum cumulat Gothofr. nec hilum probant: nemo enim negat, libros recenter natos, ſanguinolentos & adhuc à matre rubentes recte dici. Sed tales liberos propterea in *d. l.* 2. intelligi, nimis frigidè infertur.

Porrò in liberis hominibus dari ſolet & alius caſus ſingularis,quē

S 2 & *lib.*

Digitized by Google

& *lib*.1.inter ſpecies tacitę hypothecæ notauimus: quamuis videantur inſtar ſeruorum, qui redempti ab hoſtibus, apud quos ſerui fuerunt, adhuc vinculo pignoris attineri, & ipſi quidem ſoli non ex illis nati: de qua re eſt textus in *l.2.C.de poſtlim.reu.* quæ docet non eſſe reuera adhuc ſeruos, & in cauſa quaſi pignoris eſſe: ſiquidem vt primum ex hoſtibus ſunt redemti, jam vere ſerui eſſe deſierunt: Itaq; hoc pro exceptione & caſu ſingulari recte habetur. Et proinde etiam quia ſerui non ſunt pretio & lytro à quocunque perſoluto vinculum pignoris ſoluitur. In *l.8.C.eod. tit.* negantur liberi pignoris loco eſſe, quoniam pro his pretium datum non ſit: vt appareat non ſignificari natos ex ea quę jam perſoluit lytron, in qua nulla eſſet dubitandi ratio; ſed qui nati ſunt ſtatim poſt redemtionem ex hoſtibus, cum adhuc ipſa mater vinculo pignoris attineretur. Quod ſi pretium redemtione ſoluere nequant, quinquennalibus operis præſtitis liberantur *l.vlt. C. de poſtlim.* Interim autem retineri poſſunt iure pignoris *l.2 §.3. de lib. hom. exhib. l. ſi patre 15. de capt. & poſt. red l.qui teſtamento 20. §.1.de teſtam.* (vbi expreſſe negatur hos eſſe ſeruos) *l. ſenatus 43. §.vlt de legat.1.* Extra hunc caſum nullum liberi hominis nec volentis quidem pignus eſt, maxime poſt Legem Iuliam, ſublato illo veteri rigido iure, quo creditores poterant debitores non ſoluentes ducere & in vinculis retinere: de qua
5 re aliiſque eò pertinentibus tractat *Hottom. ill.quæſt.24.* Connexa huic diſputationi quęſtio eſt de repræſaliis vt appellant, & an propter debitum aut delictum alterius, alium & v.c. conciuem liceat retinere. Eas olim in Germania non fuiſſe illicitas probat *Auth. Habita C. ne fil. pro patre.* vbi ſtudioſis hoc beneficium & priuilegium datur, ne ob delictum vel debitum alterius poſſint detineri: vt appareat ex cauſis tum ciuilibus tum criminalibus huic retentioni fuiſſe locum. Sunt qui putant ſimilem iſtis repræſaliis fuiſſe clarigationem, de qua *Liuius lib.8.* In Veliternos, inquit, quod toties rebellaſſent, grauiter ſæuitum, muri deiecti, Senatus abductus, iuſſique trans Tiberim habitare, & vt eius qui cis Tiberim deprehenſus eſſet, vſque ad mille pondo clarigatio eſſet, nec priuſquam ære diſſoluto, is qui cepiſſet extra vincula captum haberet. Sed ſane illa captura & apprehenſio non fuit ob delictum alienum. Propius imò proxime accedit ἀνδροληψία Græcorum, ſuper qua Legem Athenienſium refert *Demoſth. in orat. contra Ariſtocratem.* Ἐάν τις βιαίῳ θανάτῳ ἀποθάνῃ ὑπὲρ τούτου τοῖς προσήκουσιν εἶναι τὰς ἀνδροληψίας &c. Si quis violenta morte perierit, (ſcil. alibi,) neceſſariis

ceſſarias eſſe apprehenſiones virorum: id eſt, proximos cognatos ius habere apprehendere tres viros, donec cędis cauſam dixerint, aut homicidas dediderint. Meminit iſtius rei & Heſychius: ſed latius explicat Suidas, in hanc ſententiam, ſi quis Athenienſium alibi fuiſſet occiſus & illius ciuitatis in qua occiſus erat, magiſtratus & ciues dedere nollent eum vel eos, qui habebantur cædis rei, permiſſum fuiſſe Lege, vt (quod ex Demoſthene ſupplendum eſt,) proximi cognati occiſi, ex iam dicta ciuitate poſſent apprehendere tres ciues, & eos Athenas in iudicium agere, reddituros cædis rationem, & pignoris vtique loco futuros, donec ciuitas ipſa ius redderet ſuper cæde, aut homicidas dederet: Quæ ſane ſunt ipſiſſimæ repræſaliæ, ex cauſa delicti. Notum eſt, eas hodie improbatas eſſe; & ſanè veræ iuſtitiæ rationi non videtur conuenire, vt quocunque etiam colore vnius iniuria vel magiſtratus vel conciuis, in alterum inſontem expetat: ſed fortaſſis aliquatenus eiuſmodi ius & conſuetudo à grauioris iniuſtitiæ macula defendi poſſit, non ineptis & friuolis illis rationibus quas cumulat *Hunnius quæſt.* 31. ſed hac vnica, quod inter ciues inuicem & ipſum magiſtratum eſt quidam mutuus nexus, & vnio quædam, ita vt ſi non per vnum omnes peccare videantur, ſaltem ſi vnus deliquerit, reliqui omnes id agere teneantur, & ad hoc obligentur, vt iniuriam paſſo ſatisfiat: quod ſi non faciant, ipſi quodammodo ſe participes facere iniuriæ videntur. Quæ ratio apertior eſt in populari ſtatu, qui cum in tota Græcia fere floruerit, tanto facilius illa ſupra citata Athenienſium Lex defendi poterit, quam & notato loco commendat Demoſthenes. Difficilius id erit in Monarchia, præſertim ex Politicorum noſtrorum an aſſentatorum opinione, qui ex Principibus Deos tantum non faciunt, & illis ſubditos tamquam mancipia ſubijciunt. Verum ſi illi non prorſus obliti ſunt, ſe à jure gentium & ab ipſis populis originem trahere, ſe propter ſubditos, vt hos gubernent, eſſe, patientur ſe excitari ad adminiſtrandam iuſtitiam exteris, ſi ſubditos ſuos ob non adminiſtratam iuſtitiam in periculum vocari viderint: vt cum aliàs ex Politicorum ſententia non ſemper rectum curſum tenere liceat, ſed aliquando obliquari poſſint vela, & hic quoque potius quam bella indicantur pro repetendis rebus aut iuſtitia facienda, hoc modo extraordinario vtamur, vbi aliàs qui læſus eſt, ab illius qui læſit magiſtratu ius & æquum impetrare non poteſt. Illud enim apparet non poſſe defendi repræſalias inter eiuſdem magiſtratus aut principis ſubditos,

nec, niſi magiſtratus debitoris aut delinquentis, aditus fuerit, & denegarit iuſtitiam, & de debito aut delicto ſatis ſuperque conſter, nec priuatus ſibi hanc autoritatem apprehendendi ſumat, ſed ſui magiſtratus auxilium deſuper imploret. Quibus concurrentibus nihil magnæ iniquitatis repræſaliæ habent: nec vllius momenti ſunt, quæ contra diſputat Hunnius: & præ ceteris ineptum, quod pene ex ſolo iure Romano contra eas diſputat: quaſi verò nihil niſi quod eo cautum eſt, defendi poſſit, aut omnia cetera, & eo iure non probata, iniuſta & barbara ſint: Cum præterea Romanus Legislator tantum inter ſuos ſubditos ius dixerit: & qui repræſalias tuentur, vt jam diximus, inter ſubditos eiuſdem principis eas non admittant, quam adeo limitationem aliorum cum ipſe Hunnius ponat, & tamen nec tum omnibus illis limitationibus defendi poſſe repræſalias diſputet: apparet quàm male pene ſolis Legibus Romanis pugnet. Peius adducitur *auth. habita C. ne filius propat.* in qua imò cum ſtudioſi excipiantur, in ceteros repræſalias exerceri poſſe, rectiùs infertur: cum per illam conſtitutionem ſpeciale beneficium ſtudioſis conceſſum eſſe vltro appareat. Sed non libet pluribus hic euagari.

Capvt XIII.

De aliis Rebus, quæ non oppignorantur.

1. *De inſtrumentis ruſticis.*
2. *De ſpe præmiorum.*
3. *De rebus litigioſis ad l. 1. §. vlt. Quæ res pign.*
4. *Ad l. 18. de rei vind.*
5. *De rebus dotalibus.*
6. *Res prohibitæ alienari non poſſunt oppignorari.*

INſtrumenta ruſtica deſeruientia agriculturæ ab obligatione pignoris libera ſunt. De quibus in *l. exſecutores 7. & l. 8. cum auth. ſeq. C. quæ res pign.* Sunt qui ad judiciale pignus reſtringi poſſe textus eas exiſtimant: quod & verba ferè patiuntur, & quod ſcilicet pignoris nomine in cauſam iudicati capi illa inſtrumenta non poſſint. Sed haud dubie verius eſt, quód Salic. ibidem cum aliis cenſet, nec conuentionale pignus tenere, vt maxime volentes agricolæ ea obligauerint, vel, quia præſumuntur rei familiaris inopia, & cum aliter pecuniam accipere non

non poſſent, & obligaſſe, & ita quaſi coacti, vel potius, quoniam cauſa & finis ſanctionis dd. ll. eſt, ne juxta naturam pignorum, diſtractis inſtrumentis, cultura agrorum impediatur, & omittatur, quæ ratio militat quoque in pignore conuentionali, quod etiamſi res alias agricola habeat, creditor iure ſuo poſſet diſtrahere. Ceterum *Obrechtus de pign. th.* 328. ſecus eſſe putat in hypotheca. Et ſane cum poſſeſſionem inſtrumentorum retinet agricola, ceſſat ratio illa quam modo diximus. Attamen cum non ſoluta pecunia poſſit res obligata per hypothecariam actionem auferri debitori, præſtat in genere affirmare, quod inſtrumenta hæc non poſſint necti pignori. Eximuntur item à nexu pignoris ſpes præmiorum quæ pro coronis athletis tribuuntur & penſitantur *l. ſpes.* 5. *C. Quæ res pign.* quorum & in *l.* 6. *de excuſ. tut.* Cuiacius meminit, in *extremo*: Et tamen hic dubium facit *l. commodu* 40. *de re iud.* An diſtinguimus inter pignus conuentionale & judiciale? propter ſententiæ, vt hæc executioni mandari poſſit, autoritatem? an inter ſpem, & inter præmia jam ſoluta, cum *Saluceto in dict. l.* 5. vbi putat, alia ſtipendia poſſe oppignorari, licet nondum ſoluta, vt in ſubſidium tamen tantum in ea liceat executionem facere. Recte etiam ſentiunt, qui arma militum exemta putant, & id bene probant *per l. qui commeatus* 14. §. 1. *de re militari.* Et deficiente textu ſola ratio ſufficeret, quod in militibus poſita eſt defenſio Reipublicæ, quorum arma vt ijs ſint ſalua, magis Reip. intereſt, quam inſtrumenta ruſtica. Quidam ſub res prohibitas pignorari, referunt res pupillares: ſed parum ſubtiliter: Et quidem jure communi vt alienæ, ab aliis obligari hypothecæ aut pignori dari non poſſunt: quid autem liceat tutoribus, ſupra de perſonis expoſuimus. Rectius huc referuntur res litigioſæ, de quibus in *l.* 1. §. *vlt. D. Quæ res pign.* Quæritur an repelli creditor hic debeat exceptione, qui prædium litigioſum pignori accepit? Exceptionem ſpecialem fuiſſe Litigioſi ex *tit. De Litigioſis* apparet: quæ nimirum in venditionibus habebat locum: ita vt ſi quis ſciens rẽ litigioſam emiſſet, eam vindicans illa litigioſi exceptione repelleretur. Hinc itaq; quæritur, an quoq; in pignoribus exceptioni iſti ſit locus? Et adfirmant. Dd. *Bart. Bald. Saluc.* indiſtinctè *in d. l.* 1. §. *vlt. Quæ res pign.* Et ille ipſe tamen locus, in quo fundamentum opinionis iſtius ponunt contrarium non obſcure videtur probare: Siquidem JCtus hoc, quod ex Octaueno refert, in pignoribus locũ habere exceptionẽ, limitat ita, quod in mobilibus locũ habeat: & ita .n. Flor. lectio habet illa au-

Digitized by Google

illa autem vitioſa eſt ſiue lectio ſiue ſubauditio, *vt* ET. *in mob.* quod præſertim per eam efficiatur, plus eſſe rationis, vt in immobilibus detur exceptio litigioni: quid ſane eſt à ratione alienum: quoniam res mobiles regulariter pignore tradi ſolent, & corruptioni ſunt ſubiectę, vt facile præſumi poſſit factam pignorationem in fraudem petitoris, qui iam rem vindicauit, & ſibi aſſeruit, & hoc modo vt eſſet litigioſa, effecit: quod in immobilibus ſecus eſt. Neque vlla hic infertur iniqua conditio petitori, qui ſi in iudicio victor, dominus declaretur, jam jure liquido rem hypothecatam perſequetur: nec aut creditor poſſidens, exceptione defendetur: nec actione hypothecaria rem ei qui iudicio vicit, poterit auferre: tum quia rem litigioſam pignori accepit: tum quia exitus iudicij oſtendit, rem non fuiſſe eius qui oppignorauit, ideo nec pignori recte obligatam. Atq; hæc ad *d.l.1.§, vlt.*
4 & quod pignori dari poſſit res litigioſa immobilis. Sed quod & mobilis res litigioſa poſſit, videtur probari per *l. ſi poſt.* 18 *de rei vindic.* quæ loquitur de homine petito. Reſpondet Gothof. ad *d.l.* 1. §. *vlt.* poſſe quidem pignori dari, ſed pignus reuocari: parum meo iudicio ſubtiliter: neque enim de nudo facto, cuius nullus effectus eſſet, probabile eſt JCtum tractare. Nimirum ita ſe res habet, quod litis conteſtatio olim vſucapionem non interrumpebat: quæ poſt litem contimpleta, & adeò poſſeſſore domino effecto, ſummo iure obligatio pignoris vtpote à domino facta tenebat: exceptio verò litigioſi locum habebat olim, vbi dubium erat, quisnam eſſet dominus: ex hypotheſi autem dominii in alienante vel oppignorante locus non eſt exceptioni litigioſi, de qua ſola in *l.1.§.vlt. Quæ res pign.* agitur. Itaque opus erat cautionibus in ſpecie *d.l.18.de rei vind.* per quas conſularetur victori, adverſus iniquitatem ſubtilis iuris, quod per vſucapionem dominium poſſeſſori adiecerat: quoniam iniquum erat, moras iudicij nocere petitori, qui vtique tempore litis conteſtatæ, vſucapione needum completa, obtinuiſſet. Dici alias & hoc poſſit, quod in *dict. l.* 18. *de rei vind.* creditor ignorans rem litigioſam acceperit pignori: neque enim, iure veteri alienatio rei litigioſæ omnino inutilis erat (quod poſtea nouis conſtitutionibus introductum) ſed tantum ſcienti exceptio li-
5 tigioſi obſtabat *d.l.2.de litigioſ.* Atque hæc hactenus. De rebus dotalibus aliquid attigimus *lib.* 1. vbi de hypotheca generali. Equidem de fundo aut quocunque prædio res eſt certa: ſed cum res mobiles, vt diximus ibid. maritus poſſit alienare, etiam ius pignorandi erit licitum.

Sed

Sed quid de prædio æſtimato dicemus? Eius quidem dominium plenum in maritum tranſit, titulo quodam emptionis, & rectè id à marito pignori obligari, probat *l.6. C.de vſufr.* Dubium poſſit facere *l.in rebus.30. C.de jur. dot.* quæ rerum etiam dotalium æſtimatarum vindicationem tribuit vxori. Sed per iſtam nouam conſtitutionem exorbitantem, non credendum eſt, in ceteris derogatum eſſe juri veteri: Sed ad eum eſt referenda & reſtringenda caſum, qui ſoluto matrimonio, alij jus in re legitimè non eſt conſtitutum, ſicut & haud dubiè, ſi maritus prædium æſtimatum vendiderit, nullam vxor in rem contra emtorem habebit actionem. Colophonis loco in fine huius tractationis pro regula notandum eſt: Quod quarum rerum alienatio jure prohibita eſt, nec oppignorare eas liceat: à qua tamen regula hactenus diſſentit *Neguzant. p. 2. membr. 3. num. 69. & ſeqq. cum aliis*, vt ipſe exiſtimet, quod ſuper hoc ſancitum eſt in *l vlt. Cod. de reb. al. non al.* per extenſionem fieri: ideoque in odioſis id non habere locum: cuius rei *num.* 73. ponit exemplum in teſtatore, prohibente rem alienari in certas perſonas. Sed enim an aliquid ſit odioſum an fauorabile, non eſt æſtimandum ex prohibentis, ſed obiecti qualitate. Et ſanè cum in dubio, ne quis poſſit alienare rem ſuam, & vt id facere prohibeatur, ſit odioſum, & tamen in *d.l. vlt.* ſit in genere definitũ, quod prohibitio alienationis ſimul inferat pignoris prohibitionem, ſiue lex ſiue teſtator ſiue conuentio contrahentium inhibeat alienationem, nec quartum dari poſſit, non animaduerto, quomodo non falſum eſſe oporteat, quod Neguzant. ait, in odioſis illi productioni non eſſe locum. Et ratio Bartoli contra quem diſputat Neguz. rectè ſe habet, quod per oppignorationem rei peruenitur ad eius venditionẽ, in qua pignoris effectus principalis conſiſtit, ita vt nec valeat conuentio, vt ne pignus vendere liceat, vt lib. ſeq. dicemus. Illud facilè admiſero, aliquando defendi poſſe pignus, ſi forte datum ſit pro pecunia valde modica, & quam debitor facile ſoluere, & ita pignus luere poſſit, vt non ſeq. ſit periculum ne res diſtrahatur.

Digitized by Google

Caput XIV.

De pignore rei propriæ, & an domino res ſua obligata eſſe poſſit?

Videatur fortaſſe iſtud carere ratione dubitandi, propter textum in *l. nec pignus.* 45. *de R.I.* vbi ſimpliciter negatur pignus rei ſuæ conſiſtere. Et abſurdum videatur, vt dominus agat hypothecaria actione ſuper re propria: cum in hac actione probandum ſit rem fuiſſe in bonis debitoris: ita vt hæc & cõtradictionem quandam videntur implicare. Et ſanè in terminis dominij pleni & perfecti, res non niſi abſurdè in diſputationem & dubitationem vocaretur: ſed cum ſit non vna ſpecies dominij, & ſecundum diuerſas ſpecies duo domini in ſolidum eſſe poſſint, fit vt non ineptè hoc quæratur, & vtique quid de hac re ſentiant Interpp. noſtri non inutiliter exponetur. Agemus exemplis. Et ſiquidem ab vtili actione in rem ad dominium aliquod inferre liceret, manifeſta res eſſet, quod & res propria pignori obligata eſſe poſſet. Nam vt quidem Dd. putant, habet mulier hypothecam tacitam in bonis mariti ſuper donatione propter nuptias, pro qua etiam habet vtilem in rem actionem *N.* 61. *c.* 1. §. 1. Sed enim vtilis illa in rem actio non tam ex dominio vero, quam potius ex mera æquitate etiam non domino adcommodatur, vt videre eſt ex *l.* 8. *Cod. de rei vind. l.* 1. *Cod. de donat. ſub modo. l. ſi vxor.* 55. *in fin de donat. conjug.* Itaque alia exempla ſunt producenda, quamuis non omnes actiones vtiles in rem eiuſdem ſint conditionis. Prorſus illud conſtat domino vtili, vt Dd. appellant, poſſe rem oppignorari, ratione directi dominij: quia ſunt diuerſæ dominij ſpecies, & tanto facilius, quod jus illud, quod ſuperficiarius aut emphyteuta habet, numquam jure noſtro dominium appellatur. Huc pertinet, quod Juſtinianus in *l. in rebus.* 30. *C. de jur. dot.* mulieri pro rebus dotalibus & actionem in rem in ſpecie dictam conceſſit, & hypothecariam. Et tamen ſi verum amamus, locus ille magis concurſum vtriuſque actionis impugnat, quia Juſtinian. diuerſo reſpectu & diuerſis poſitis fundamentis, vtramque concedit actionem: in rem quidem, quà ipſa domino cenſetur:

tur: hypothecariam, quà maritus pro domino habetur & adeo prout hac vel illa actione vtitur, ita quoque agendi cauſas illam proponere oportebit. Sed alia videamus. In *hac Edictali. 6. §. omnibus. de ſec. nupt.* liberis & omnia bona matris in ſecuritatem lucrorum nuptialium, quæ mater ad ſecunda vota tranſiens liberis ſeruare tenetur, & ipſa quoque hæc lucra dicuntur hypothecæ obligata: Et rectè Salic. ibid. ait per explicationem diuerſam Accurſij violari literam. Ipſe cum quibusdam admittit ideo concurrere dominium cum jure pignoris, quoniam liberi non habeant dominium plenum, manente quippe vſufructu apud matrem. Sed ſanè domino directo, v.c. rem emphyteuticam pignori eſſe poſſe dubium non eſt, cum emphyteuta jus pleniſſimum in re habeat, & actionem quoque in rem ipſam. At enim admittendum hoc mini nè arbitrer in vſufructu, vt quoniam hic penes alium eſt, res hypothecæ obligata eſſe domino poſſit: cum vſusfructus tantum ſeruitus & ius ſit, quod non impedit, quo minus res integra dicitur proprietarij *l. rectè 25. de V. S.* Itaque rectius fortaſſis id fieri, aut propter juris veteris veſtigia & reliquias, quo parentum ſuperſtitum erant illa bona: vel quoniam dominium fictione juris tantum & more ciuiliter in liberos tranſit. Aliud exemplum habemus ex ſententia quorundam *in leg. 1. Cod. comm. de legatis* juxta quam legatarius & vindicare rem legatam jure dominij, & pro eadem exercere hypothecariam poteſt. Equidem ſupra *lib. 1. cap.* 10. diximus, videri verum magis, quod hypothecariam actionem legatarius non tàm in ipſa re legata habeat, quàm in bonis ceteris teſtatoris: quod & *dict. l. 1.* non obſcurè probat, dum ait: *Inſuper & Seruianam, ſuper his quæ fuerint relicta in mortui res preſtare*: Sed ſunt qui cenſent poſſe defendi & hypothecam in re ipſa legata colore duplici; tum quod apud legatarium ſit dominium fictum tantum: tum, quæ opinio rectior eſt (nam licet fictione & poteſtate juris dominium transferatur, ipſum tamen dominium fictum non rectè dicitur) quoniam in *dict. leg. 1.* Juſtinianus proponit legatarijs pro legatis omnibus & quibuscunque, actionem in rem & perſonalem: vt proinde, quod paulo ſuperius diximus de rebus dotalibus, huc quoque accommodari poſſe: quod legatarius rem poſſit perſequi & tamquam debitum: & ita actione perſonali, qua conſideratione hypothecata ipſi res eſſe intelligatur:

 & tan-

Digitized by Google

& tanquam ſuam, quo reſpectu hypothecariam actionem mouere non poſſit. Porrò referenda huc & illa Dd. traditio eſt, quâ *l. neq; pignus. 25. de reg. Iur.* limitant, vt non procedat ſi alicui dominium ſit quæſitum ſaltem reuocabiliter: tum enim rem etiam domino poſſe eſſe obligatam, ex quo inferunt heredi licet per ſucceſſionem effecto Domino, ſi tamen ſit grauatus de reſtituendo, quoniam dominium ei poſſit auocari, rem hereditariam pignori nexam eſſe poſſe. Ita ex ſententia Dd. *Neguz. p. 5. memb. 1. n. 52. & eadem. part. memb. 3. vers. tamen eſt.* Deniq; aliam limitationem probant Dd. *ad d. l. pignus. 45. de R. I. ex auth. contra cum rogatus. C. ad SC. Trebell.* vbi etiam poſt verbalem factam reſtitutionem vniuerſalis fideicommiſſi, datur fideicommiſſario & in rem actio & hypothecaria: & referente *Neguzantio p. 8. mem. 3. n. 4.* reſpondent Doctores id ideo fieri, quoniam licet etiam poſt ſolam verbalem reſtitutionem dominium tranſeat in fideicommiſſarium, tamen ſit illud dominium quaſi fictum & imperfectum, cui necdum facta reali traditione aliquid deſit, vt cum actione ſpeciali in rem & hypothecaria concurrere poſſit.

Caput XV.

De his qui accipiunt pignus.

1. *Pupillus non rectè accipit pignus.*
2. *Ad l. 11. §. 5. de pign. act.*

Diximus de rebus & perſonis, quæ pignori dare vel obligare poſſint. Breuiter addendum de his aliquid, quæ pignori accipiunt. Hi ſunt in ſumma creditores, & regulariter quicunq; jus habent contrahendi eiusmodi obligationem, pro qua rectè pignus conſtituitur. Dico regulariter. Excipitur enim à regula pupillus, qui licet ſine tutore alium ſibi obligare poſſit, tamen nec ex iſta quidem cauſa accipit rectè pignus, *l. pupilli. 38. de pignor. act.* propter metum, vt ait JCtus pignoratitiæ actionis: quibus verbis continetur ratio decidendi: quo-
1 niam debitor habet directam pignoratitiam contra creditorem, qua obligatione pupillus abſque tutore, obſtringere ſe non poteſt. Etenim pigno-

pignoris obligatio ſeorſim ab obligatione principali ſubſiſtit, itaque vt ſit neceſſaria tutoris autoritas, ſufficit, quod ex iſta obligatione acceſſoria poſſit pupillo accedere damnum, vtcunque nullum ſit damnum in obligatione principali. Et quia ratio iſta tantum militat in pignore accepto in ſpecie, quod traditur, liceat hinc colligere, pupillum ſine autoritate tutoris conuenire poſſe, vt aliqua res ſit ipſi hypothecæ obligata: ex quo nullum poteſt ipſi accidere damnum. Ex peculiari cauſa rectè ſeruus accipit pignus, *l. ſi creditor.* 28. §. *de pign. act.* vbi rectè Accurſ. pignoratitiam actionem ex ea cauſa dari in damnum notat, ſcilicet de peculio, & cum adiectione & clauſula quæ eſt in *l. in bona.* 36. *in fin. de pecul.* Illud juris communis eſt, quod accipiendo pignus liberi & ſerui adquirunt obligationem dominis ac parentibus. Per perſonas autem alias (quod itidem eſt juris ordinarij) non adquiritur alteri pignoris obligatio: & hoc amplius, licet pecunia nomine aliorum mutuo data fuerit. *l. pen. C. de diſtr. pign.* Itaque ſicut non adquiritur nobis obligatio per procuratorem, ita nec hæc pignoris adquiritur obligatio, quamuis alias per procuratorem nobis adquiratur poſſeſſio, *l. ſolutum.* 11. §. *ſolutam.* 5. *de pign. act.* quo loco adijciuntur particulæ, *plerumq;, non ſemper*: vel quia aliquibus & his non paucis caſibus nobis per alium obligatio & vtilis actio adquiritur, vt conſequenter & per alios aliquando pignoris obligatio adquiri nobis poſſit: vel potius ſunt adiecta iſta verba à Tribon. reſpiciente ad *l. 2. Cod. per quas perſon. nobis adquir.* vbi nouiter conſtituit Juſtinianus, vt ſicut ex eius, qui pecuniam meo nomine alteri dedit mutuam, conuentione, mihi condictio adquiritur, ita eius pacto de pignore adquiratur mihi obligatio pignoris & actio hypothecaria. Rationem autem, cur non ſicut poſſeſſio adquiritur per procuratorem, ita & adquiratur jus pignoris in re, hanc adfert ex Dd. Neguzant. *p. 3. memb. 1. num.* 39. quod pendeat ab obligatione principali, pignoris obligatio: cui addo, quod poſſeſſio adquiritur & apprehenditur per actus naturales. Sed jus in re nobis adquiritur in pignore ex ſola conuentione, ita ſanciente edicto prætoris. Atque hinc, quoniam per alium non adquiritur obligatio pignoris, exiſtimari poſſit verum non eſſe, quod idem *Neguzant. d. l. num.* 41. ex Dd. adfert, patrem, qui filij bona adminiſtrat, ſi hypothecam accipiat, adquirere filio obligationem.

Illud generale eſt, vt quiſquis aliquem contractum vel cum aliqua perſona, vel ſimpliciter facere prohibitus eſt, ex ea cauſa nec accipere poſſit pignus. Ita creditor à filiofam. mutuum contra SCtum accipiente, aut muliere introcedente accipit fruſtra pignus. *l.2. quæ res pign. obl.* Ita & magiſtratus fruſtra accipiunt pignus, ex cauſa eorum contractuum, quos cùm ſubditis inire vetiti ſunt, juxta *l. non licet.* 46. *de contr. empt. l. principalibus.* 33. *de reb. cred.* Superioribus addendus videtur caſus ſingularis; quo ex tacita conuentione vnius alteri tacitè res obligatur ex *l. ſolutum.* 11. §. *ſolutam.* 5. *de pignorat. act. vers. vnde ſi domum.* juxta quem, ſi quis in primi conductoris cœnaculum à ſe conductum, aliquid induxerit, hoc non tantum ſecundo, ſed & primo locatori, tacito pignori obligatum tenetur: atque ita tacita conuentio ſecundi prodeſt etiam locatori primo: quamuis alia conſideratione id fortaſſis non videatur ſingulare, quia præſumente ita jure hoc modo etiam inter ſecundum conductorem & locatorem primum, de pignore tacite conueniſſe intelligitur: vt diximus pluribus *ſup. libr.* 1. vbi de ſpeciebus tacitæ hypothecæ.

FINIS LIB. II. DE PIGNORIBVS.

TRA-

Digitized by Google

TRACTATUS

DE PIGNORIBVS ET HYPOTHECIS:

LIBER III.

In quo

DE EFFECTIBVS PIGNORIS CONſtituti.

CAPVT I.

De proximo effectu pignoris, & jure quod debitor in re retinet.

1. *Vnde ſit & naſcatur actio hypothecaria.*
2. *Debitor dominus manet rei pignoratæ.*
3. *Quomodo debitor alienando committat furtum.*
4. *De effectu pacti, ne pignus alienet debitor: & ad l. 7. §. vlt. de diſtr. pign.*

NON diſſeremus hîc de effectu ſpeciali qui ſpectatur in contractu pignoris & ex eo oritur, & conſiſtit in actione & obligatione perſonali, & qui effectus magis concernit jus & commodum debitoris, cui ex contractu illo ſoluta pecunia, actio pro repetendo pignore datur, de quo *infr. de diſſolut. pign. lib.* 5. & infra hoc libro de actione pignoratitia contraria quæ creditori datur, dicemus. Principaliter hîc agemus de effectu pignoris, qui ſpectatur in jure quod creditor conſequitur pro ſecuritate debiti, juxta quod *ſup. libr.* 1. definimus pignus, quod ſit jus,

jus, pro ſecuritate debiti creditori in re conſtitutum. Et eſt hic effectus proximus pignoris, quod afficit rem, & vt eam creditor actione in rem perſequi poſſe efficit: quod ſupra diximus introductum eſſe Edicto prætoris *lib.1.cap.3.* & rationē eius rei reddidimus: hîc autem, quod ibi poterat adjici, adnotamus, errare eos, qui actionem hanc putant eſſe ex conuentione de pignore ſiue pacto nudo ſiue contractu. Longè enim hoc excedit vim & poteſtatem pacti, vt rem afficiat, & faciat naſci actionem in rem: nec aliud conuentiones & pacta, quam perſonalem obligationem producere valent. Et verò auditum hactenus non eſt, quod vllo ex contractu naſcatur aliqua actio realis. Et quid verò, ſi pignus tradatur, vtique haud dubiè, quod & inter omnes conſtat, poſſeſſione amiſſa creditori hypothecaria actio dabitur: Et vnde igitur iſta actio? nemo ex contractu eam dixerit oriri. Itaque fatendum eſt, ex pacto & contractu naſci obligationem pignoris: ſed quod creditor perſequi actione in rem quod obligatum eſt, poteſt, hoc eſſe ex Edicto prætoris. Et, quod alibi quoque oſtendi, & attingo etiam infr. *cap.*10. ingenuè dico & liberè, paulò inſubtilius dictum eſſe à JCto *in l.ſi tibi.*17. §.2. *de pact.* pignoris actionem, (quæ ibi hypothecaria eſt) pacto naſci: pactum enim facit quidem, vt res pignori obligetur, ſed ſanè non facit, vt hypothecaria naſcatur actio, ſed poſtquam prætor ita diſpoſuit, vt actio realis pro re pignori obligata competat, videtur quodammodo ex pacto, quo res obligata eſt, actio ea naſci: Quid porro ex hoc jure reali conſequatur creditor, in ſeqq. explicabimus di-
2 ſtinctim. Hoc interim monendum, jus pignoris, quod creditor conſequitur, diuerſum eſſe à jure dominij, nec impedire, quo minus debitor verè & planè maneat dominus, vt proinde poſſit debitor jure dominij rem, licet eam pignori obligauerit, nihilominus vendere & quocunque titulo in alium transferre (ſaluo jure pignoris creditori) *l.2. de pignorib. l. ſi dominium.* 9. *C. eod. l. ſi debitor.* 12. *C. de diſtr. pign.* & eſt certi & apud omnes indubitati juris, vbi ſcrupulum mouet, quod eſt *in. leg. ſi is. 66. in pr. de furt.* quod debitor alienans rem pignoratam furtum committat. Id quidem ſup. *lib.*1. vbi, an æquè afficiat generalis ac ſpecialis hypotheca, diximus non niſi in hypotheca ſpeciali, ſi res in ſpecie & nominatim obligata ſit, habere locum, de qua etiam textus loquitur: ſed enim certum eſt, non tantum debitorem alienando quid ex generali hypotheca, ſed & ſi rem in ſpecie obligatam
vendat,

Digitized by Google

vendat, dominium transferre: nec tamen rationis videtur, vt dominium ab eo transferri poſſit, qui alienando committit furtum. Sed 3
reſponſio non eſt difficilis, quod non dicatur fieri furtum ratione rei, quam nec poſſidet creditor, & cuius quominus dominium transferatur, nihil eſt, quod impediat, ſed tantum ratione iuris, quod creditori in re conſtitutum eſt: & quidem quoad intentionem debitoris, qui contra bonam fidem alienando videtur hoc agere, vt ius illud debitori interuertat: ceteroquin propter ius rei inhærens per modo dd. textus & *l. ſi conuenerit* 18. §. 2. *de pign. act. l. res* 10. *C. de remiſſ. pign.* facere alienando debitor non poteſt, quo minus creditori ius pignoris maneat integrum. Qua de cauſa etiam, vt maxime debitor vendendo transferat dominium, emptor tamen poteſt petere vt eo onere res liberetur, nec ante pretium ſoluere cogitur, *l. ex prædiis.* 5. *C. de euictionib.*
Sed vt & hoc adijciamus, quæritur, an hoc ius alienandi & dominium 4
transferendi aliqua ratione debitori adimi poſſit? Eſt de hac re textus in *l. ſi creditor* 7. §. *vlt. de diſtr: pign.* qui docet, ſi rei ſpecialiter hypothecatæ pactum de non alienando, vt ne eam debitori alienare liceat, adijciatur, venditionem eſſe nullam vt pactioni ſtetur, vt habet lectio Florentina, de qua olim inter Bl. & Ar. controuerſiam fuiſſe & eam inſpectione librorum Piſanorum deciſam, refert *Alexand. in l. ſi filio* §. *fin. ſolut. matrim.* Et apparet tamen ex gloſſ. Accurſij aliquos ita legiſſe: *nullam eſſe pactionem, vt venditioni ſtetur.* Sed vel ideo male, quod non ob id neceſſe eſt pactionem nullam eſſe vt venditioni ſtari poſſit: ſi quidem ſæpe vtcunq; contra pactionem fiat, tamen actus manet ſaluus, & qui contra pactionem fecit, ad intereſſe tenetur: quomodo ſi quis hac lege rem ſuam tradiderit, ne alienetur, ex communiſſima Dd. opinione, quæ & veriſſima eſt, valet alienatio nihilominus, ſalua alteri actione ad intereſſe. Sunt autem non pauca, quæ & Florentinæ lectioni aduerſantur 1. quod ipſa ratio tractandi in *d. l.* 7. §. *vlt.* Tribonianum potius quam JCtum ſapere videtur 2. quod de hypotheca & pignore id proponitur, cui videtur in pignore, quod penes eſt creditorem, locus eſſe non poſſe. 3. quod non iuſta ſit ratio dubitandi, quaſi iſta pactio contra ius videatur poſita, cum maxime conueniat rationi juris, ne debitor alienet rem in ſpecie obligatam; quam alienando & furtum committere dicitur. 4. quod non videatur magna iſtius pacti vtilitas, cum alias creditori jus integrũ & in re vendita maneat: cuius proinde nihil intereſſe videatur 5. quoniam nihil neceſſe eſt venditio-

 nem

nem ſtatuere nullam vt pactioni ſtetur: neq; enim ita tantum obſeruari dicuntur pacta vt præciſè quod contra ea factum eſt ſit nullum, ſed etiam, vt paciſcenti detur actio ad intereſſe. 6. Quoniam vt paulo ante diximus, pactio de non alienando adiecta traditione rei ſuæ, non facit, vt alienatio contra pactum facta ſit nulla: Et nec igitur videtur facere id poſſe pactio adiecta hypothecæ, cum iſtud omnino vim & poteſtatem ordinariam conuentionum excedat, Addit. 7. *Hottom. Tr. de pign. cap.* 5. quod vbi nulla eſt venditio, ibi & nulla naſcatur obligatio, hic autem adeo naſci, vt & dominium transferatur. Habent iſta aliquam ſpeciem, & forte credere quis poſſit loco iſti manum eſſe admotam, ſicut & aliis multis, à Triboniano. Verum cum Tribonianus acceperit hanc poteſtatem mutandi, addendi & detrahendi ab ipſo Iuſtiniano, nobis Interpp. hoc agendum eſt, vt quæcunque in Pandectas relata ſunt defendamus. Quod & fecêre ſemper veteres Interpp. & hinc *Iaſon in l. quoties* 15. *C. de rei vind. nu.* 28. ad propoſitionem *d. l.* 15. quod poſterior emptor cui res tradita eſt, potior ſit, hanc tradit limitationem, ſi prior emptor conuenerit ſuper pignore rei venditæ, & adjecerit ſimul pactum de non alienando: tum enim poſita nullitate venditionis, ſecundum potiorem eſſe non poſſe. Et nos quæ contra eam ſententiam nugatur Faber, *dec.* 87. *cap.* 1. in noſtris ad eum locum exercitationibus excuſſimus. Iam breuiter videamus, an & quid ad obiectiones contra reſponſum *l.* 7. § *vlt. de diſtr. pign.* dici & reſponderi poſſit. Et reſpondebo ad 1. vel quod JCti quoq; noſtri non vbiq; eadem accuratione vtantur: vel vtcunque ibi à Triboniano quid ſit mutatum, nihil id referre, modo oſtenderimus, nihil à ratione alienum ibi contineri. Ad 2. verba, *vel pignus*, poſſe accipi explicatiuè, cùm pignus ſit verbum generale: ſed & initio cap. ſeq. dicemus, pignus poſſe mutari in hypothecam & vice verſa, & poteſt contingere, vt creditor rem pignoratam, non animo liberandi pignus, ſed ad vſus temperarios debitori concedat. Quin & nihil impedit, quo minus dominus rem ſuam penes alium exſiſtentem vendat: quod maxime ex eorum ſententia procedet, qui dominium & ſine vacua poſſeſſione tranſire & transferri poſſe arbitrantur. Tertia obiectio nullius momenti eſt, & captat verba: & vtique conſtat debitorem hactenus habere jus rem alienandi, vt dominium transferre in emptorem aut alium poſſit. Quartam rationem valde vrget. Ant. Faber. *de dec.* 87. *cap.* 7. *in fi.* vbi non dubitat ſcribere, quæſtionem hanc, an valeat conuentio, ne

pignorã

pignori obligatam rem liceat debitori alienare, abſurdam, inanem & inutilem eſſe, quoniam nihil interſit creditoris: ex quo ille porrò infert, non eſſe probabile, quod JCtus de quæſt. eiuſmodi vmquam aut dubitarit aut reſponderit. Sed omnium vaniſſima obiectio eſt, & illa aſſertione Fabri nihil falſius aut impudentius. Et inprimis poſt N. 4. plurimum interſit creditoris, vt venditio ſit nulla, & adeo ipſe contra creditorem hypothecaria poſſit experire, cum aliàs non niſi excuſſo principali & fideiuſſoribus poſſit agere contra tertium poſſeſſorem. Et Faber quàm ridiculus ſit, dum contra iſtud jus diſputat, in exercitationibus noſtris oſtendimus. Sed & ex juris veteris ratione plurimum intereſſe potuit creditoris, ne per alienationem ipſi aduerſarius potentior objiciatur: &, quod etiam contra hunc agere liceat, quod imperitiſſimè obijcit Faber, non facit, quin intereſſe creditoris vt apparet ex *tit. tot. De alien. mut. iud. cauſ. D. & Cod. & itid. lib. 2. tit.* 14. *&* 18. ex quibus locis contra eum qui ita alienauit, apparet dari actionem ad intereſſe. Et oportet igitur vt interſit alterius, quod res eſt alienata in potentiorem. Præterea ideo intereſt creditoris alienationem eſſe nullam, quod in hypothecaria quæ mouetur in ipſum debitorem longè leuiores admittũtur probationes, vt infra libro hoc dicemus. Denique cum furtum committi non poſſit, niſi alterius interſit *arg. §. furti* 13. *Inſtitut. de Oblig. ex delict.* debitor qui alienat rem in ſpecie obligatam furtum committere dicitur: non ob aliam cauſam, quàm quod intereſt creditoris, ne res oppignorata alienetur. Et ad nugas Fab. hæc ſufficiant, & ad quartam obiectionem. Ad 5. dico, quod in *leg.* 7. §. *vltim. de diſtract. pign.* ſumantur verba, *vt ſtetur pactione* in ſignificatu pot[illegible]iori: Et omnino licet ſuo ſenſu, ſeruetur & pactio, contra qu[illegible] ſi fiat, ad intereſſe agere liceat, magis tamen verè & propriè dicitur ſeruari, contra quid ſi fiat, id ipſo eſt jure nullum. Quod ad 6. attinet, cenſet quidem Faber *dec.* 87. venditionem aut aliam alienationem quæ eſt facta contra legem ſiue conuentionem adiectam rei traditioni eſſe nullam: verum quoniam ſententiam illam & communiter reprobatam. Sed & falſiſſimam quoque eſſe ibid. demonſtrauimus: hæc ratio diuerſitatis reddenda eſt: quod illo caſu, licet res tradita ſit cum pacto de non alienando, tamen omne jus quod ante habuit in re abit à tradente & alienante: ſed in noſtro textu & in *l.* 7. *de diſtr. pign.*

creditor in re haberet, retinet jus reale, quod rem afficit, & facit vt debitor alienans furtum committat: vt tanto facilius accidente pactione de non alienando nullitas actus induci poſſit. Septima obiectio Hotomanni petit principium, & præterea laborat hoc vitio, quod aliquando, licet nec propter qualitatem rei, ſi res ſacra vel homo liber, ignoranti venditus ſit, emptio non conſiſtat, nihilominus tamen ex empto agi poſſit *l. 4. de contr. empt.* Teneamus igitur Florentinam & vulgatam lectionem. Et emendatio Hottomanni, *nullam eſſe rationem* præterquam quod nimis abit à vulgata lectione, tum illud contra eã facit, quod rationi repugnat, nullam eſſe rationem, vt pactioni ſtetur, quæ, vt ex hactenus dictis patet, imitationem habet. Antonij Fabri emendatio, *Ne liceat debitoris hypothecam vendere*, ineptior eſt: nec libet huc repetere, quæ ſæpe d. loco contra eam diſputauimus. Vnicum addo, poſſe videri ſpeciale ratione motum JCtum ſiue Tribonianum cur venditionem, quæ contra pactum factum eſſet, ſtatueret eſſe nullam. Nam aliis caſibus & illo quem tractauimus, vbi res tradita eſt cum pacto de non alienando, parata eſt ei, qui ea lege tradidit actio ad intereſſe: atquin ſi debitor contra pactionem alienauerit, nulla apparet actio, qua pactionem violatam poſſit vindicare creditor: nam quod ad hypothecariam attinet, ea non competit niſi debitor ſit in mora, & etiam citra pactionem de non alienando quæſita eſt creditori: vt proinde non ſine miſterio videatur dictum, nullam eſſe venditionem vt pactioni ſtetur, quoniam nulla aliàs ratio ſupereſt, per quã violata pactio vindicetur. Et hæc quidem *ad d. l. 7. §. vlt. de diſtr. pign.* occaſione quæſtionis de jure, quod in re pignorata retinet debitor, dicere placuit.

CAPVT II.

Porro de immediato effectu pignoris, & quomodo ius pignoris afficiat rem, vbi ſimul de indiuiduitate.

1. *Pignus in ſolidum manet obligatum, donec omnis pecunia ſoluatur.*
2. *Ad l. 3. §. vlt. Qui potiores.*

IMmediatus effectus pignoris eſt, vt afficiat rem ipſam, & quidem totam & in ſolidum, nec ceſſet, in tota re, donec creditori integre ſit ſatis-

ſatisfactum. Et hactenus obligationis pignoris propria plane eſt natura, diuerſa à principali obligatione: quæ vt maxime diuidua ſit, obligatio tamen pignoris indiuidua eſt & manet: ita vt licet volenti quoq; creditori pars ſoluta ſit, aut aliàs ex parte obligatio extincta, nihilominus res oppignorata in ſolidum maneat obligata ſaluis omnibus pignoris effectibus, donec vel extremus quadrans fuerit exſolutus *l. rem hered. 65. d. euict.* Et qui igitur pignus vult liberare, neceſſe habet, vt ſoluat debitum vniuerſum *l. ſiue pro 5. C. de negot. geſt.* ceteroquin ſi vel pars minima debeatur adhuc, nulla pars pignoris eſt liberata *l. in executione 85. § pen. d. V. O.* ſed tota res adhuc tenetur, vt & tota vendi poſſit *l. quamdiu 6. l. vnus 16. C. de diſtr. pign.* ſi modo ſaltem adhuc vel ex vſuris aliquid debeatur *l. vlt. C. de debit. vend. pign.* Hinc licet ex LXII. tabb. obligatio paſſiue & actiue inter heredes & in heredes plures creditoris aut debitoris diuidatur, pignoris tamen obligatio indiuidua manet, *l. ſi neceſſarias 8. §. 2. de pign. act.* Et ſiue vnus ex heredibus debitoris partem ſoluat: ſiue debitor vni ex creditoris heredibus pro rata ſoluat, manet pignus in ſolidum obligatum *d. l. 16. C. de diſtr. pign. l. 1. C. de luit pignor. l. 1. C. ſi vn. ex plur. her. l. ſolutum 11. §. ſi creditori 4. de pign. act.* ex quo tamen loco limitatio aut declaratio notanda eſt, quod ſi debitor ſolueret partem debiti vni ex creditoris heredibus, & ipſe fundum v. c. pignoratum poſſideat, ſi ceteri heredes creditoris rem pignoratam vendere totam velint, cogantur debitori offerre partem quam coheredi ſoluit. Et ex hoc iure pignoris porro eſt, vt ſi is cui res obligata eſt, ſuccedat debitori cum aliis, licet tollatur obligatio pro parte per confuſionem, tamen in ſolidum perſecutio pignori competat *l. 1. C. de heredit. action.* Hinc & ſingulis heredibus creditoris perſecutio pignoris in ſolidum contra quoſcunque poſſeſſores datur, ita vt aut totum debitum ſoluere, aut re tota cedere cogantur *l. 2. C. ſi vnus ex plur. her.* Quam agendi rationem cum permittat jus, poterit tanto magis arbiter familiæ erciſcundæ, vni heredum, cui nomen in diuiſione in ſolidum obuenit etiam pignus integrum adſignare, qui caſus eſt *l. arbiter 11. & l. vlt. de diſtr. pign.* vbi notet Lector vnum reſponſum de vno eodemque caſu ſub vno titulo, & inſuper ex vno JCto Scęuola bis eſſe relatum. Atque hoc ita obtinet, non ſolùm ſi vna res & vnum corpus ſit obligatum, ſed etiam vbi res plures, vt niſi toto debito ſoluto nulla ex ijs liberetur *l. qui pignori 19. de pignorib.* quo & referri poteſt textus in *l. vlt. Quib. mod. pign. ſolu.* Rationem huius rei vulgo, vt

Google

eos *Neguz.* refert *p.8.memb.1.nu.50.* Dd. petunt à natura acceſſorij: parum recte vt videtur, quoniam, vt diximus, natura huius obligationis pignoris acceſſoriæ hactenus diſcedit à natura obligationis principalis, ita vt quamuis hæc ſit diſſoluta pro parte tamen in ſolidum pignoris obligatio integra maneat. Conſtitutum ita apparet in fauorem creditorum, vt facilius inuenirent emtorem, cum nemo ad emptionem partis facile accedat: idque docet *d.l.11.§.ſi creditori 4.de pign.act.* vbi ait JCtus, ſi vni heredum creditoris ſit ſoluta pars debito, non debere ceteros heredes INIVRIA adfici, nec impediri, quo minus totum fundum pignoratum vendant: Et ſi aliter ſtatueremus, in hypotheca generali, vix res reperiret exitum: quod & citato loco Neguz. innuit. Ad id autem quod de pluribus debitoris heredibus diximus, videtur limitatio inſignis ſumi poſſe ex *l.1.C.comm.de legat.* in tacita hypotheca quam habent legatarij in bonis teſtatoris. Qua ipſa conſtitutione hæc Lex data eſt iſti hypothecæ, vt (quemadmodum ipſa verba habent) in tantum quiſque heredum teſtatoris hypothecaria conueniatur, in quantum contra eum perſonalis actio competit. Itaque vnus heredum ſi ſoluerit partem ſuam, pro rebus quæ ex hereditate ad eum pro rata peruenerunt, non dabitur actio hypothecaria: quod ex Dd. notat & *Neguz.p.2.memb.4.nu.160.* Sane in conſtitutionibus Iuſtiniani ſæpe non licet inquirere juris rationem: & rationi iuris quam explicauimus non conuenit, quod eandem rationem facit actionis perſonalis & hypothecariæ. Et tamen ſi ſubtilius intueamur, fortaſſe iſta exceptio non fuerit, & ſanctio ea ad rationem juris defendi poſſit quoniam non tenentur heredes quà heredes, nec ex obligatione quæ à defuncto in illos deſcenderit, quomodo nec à defuncto hypotheca cepit, ſed obligatio per aditionem & hypotheca in ipſis demum incepit heredibus, contra quos noua actio naſcitur ex teſtamento.

2 Ceterum ab hac indiuiduitate & quod res pignorata in ſolidũ adficitur, pendere videtur deciſio *l.3.§.vlt. Qui pot. in pign.* Ibi Titius rem, quam cum fratre Caio communem habebat, pignori dedit, & poſtea fratres fundum illum à Titio iam pignoratum certis regionibus diuiſerunt, atque ita partes pro diuiſo poſſidere ceperunt: Et non obſtante nihilominus pignus & obligatio pignoris non inhæret parti illi ſoli, quam iam Titius debitor & pignorator ſolus pro diuiſo poſſidet, ſed & alteri dimidiæ quam poſſidet Caius: non quidem in ſolidum, neque enim ſocius rem communem & cuius pro parte tantum eſt dominus,

minus, in ſolidum obligare poteſt, *l. vn. C. ſi res comm.* ſed parti dimidiæ Caij, & ita partibus dimidijs vtriuſque partis: quoniam pignus conſtitutum, cum adhuc fratres fundum communem pro indiuiſo poſſiderent, etiam partem illam quam iam tenet Gaius, pro indiuiſo affecit, quæ conditio pignoris ſemel conſtituti per diuiſionem poſtea ſecutam, non mutatur: quod & reſponſum eſt in *l. ſi conſenſit* 7. §. *vlt. Quib. mod. pign. ſolu.* Ex quo porrò petenda ratio eſt ad *l. ſicut* 8. §. *ſi conuenerit* 3. *eod. tit.* Nimirum pars pro indiuiſo eſt diffuſa per totum fundum: itaque ſicut vbi pars, cum adhuc res communis eſſet, obligata eſt, licet diuiſione poſt facta, tamen ſingulorum, qui pro diuiſo jam partes habent, obligatæ partes manent, *d. l.* 3. §. *vlt. Qui pot.* & *d. l.* 7. §. *vlt. Quib. mod. pign. ſolu.* ita, ſi, cum totus fundus obligatus eſſet, conuenerit, ne pars pro indiuiſo pignori eſſet, quælibet pars partis pro indiuiſo & liberata eſt, & obligata manet *d. l.* 8. §. 3. ex quo fit, vt juxta eum textum diuiſione poſtea facta creditor actione hypothecaria non poſſit vnam petere partem, quæ penes vnum exſiſtit poſſeſſorem, ſed ſingulorum partes, & à ſingulis partes petere teneatur. Illud extra propoſitum eſt, quod in *d. l.* 3. § *vlt. Qui pot.* traditur Gaius egiſſe cum fratre Titio qui rem communem adhuc obligauerat, vt pecuniam ſolueret creditori, (quippe quod eius intererat liberari pignus, quod juxta ea quæ diximus, etiam portioni Caij inhæret,) & ni faceret, ius eſſet fratri Gaio partem dimidiam partis eius, quæ pro diuiſo Titio obtegerat, diſtrahere. Et quod obſeruandum eſt, ex eiuſmodi pacto (cuius aliàs non eſſet effectus) cenſeri pignus contractum, & obligata Gaio pars illa dimidia, de qua vendenda conuenerat, & quidem non illa pars dimidia, quæ tenetur creditori Titij, ſed altera dimidia, quæ adhuc libera eſt, de qua (& quaſi pro indemnitate partis, dimidiæ partis quam ipſe poſſidet, & quæ itidem creditori Titio adhuc obligata eſt) cenſetur pactus Gaius, vt proinde, iuxta *d. l.* 3. §. *vlt. Qui pot.* Gaius non poſterior ſit creditore Titij, ſed in illa parte ſit ſolus. Atque ita ex huiuſmodi pacto de vendendo in terminis *d. l.* 3. §. *vlt.* inducitur tacitum pignus, vt notauimus *ſup. lib.* 1. *cap.* 13. Poſſit quis non immeritò exiſtimare quod non proponitur in *l.* 3. §. *vlt. Qui potiores*, non eſſe ſpeciale in pignore, ſed pendere à venditione & natura partis ſiue rei communis pro indiuiſo: quæ facit, vt proportionaliter, idem de re communi vendita, aut in aliam obligationem deducta, fuerit ex iure reſpondendum. Et proinde hoc forte commodius, ſup. lib. priori ſub Tra-

ctatu

ſtatu de Rebus, vbi de pignore rerum alienarum agimus, fuiſſet propoſitum, (communis eorū res pro parte eſt aliena.) Et dicamus ſanè hîc obiter & breuiter, quod jam *d. loco & cap.* 4. huc remiſimus, rem communem pro parte tantum, juxta *d. l.* 3. §. *vlt.* poſſe obligari *l. vn. C. ſi res commun.* Nec rectè *Neguz. p.* 2. *memb.* 3. *nu.* 36. exceptionem ſtatuit in fiſco: Etenim in *l. vn. C. de vend. rer. fiſc.* quo textu vtitur, de venditione agitur, (& fiſcus numquam dat pignus) in qua fiſcus habet ſpeciale priuilegium, vt cum alio ſibi communem rem in ſolidum diſtrahere poſſit, (nam ita facilius reperit emptorem) ita vt ſocio partem pretij præſtet: eſtque hic vnus caſus, quo quis propter qualitatem ſocij inuitus partem ſuam vendere cogitur, aut pati vt ſocius rem totam vendat. An creditor, qui rem communem pignori accepit, poſſit prouocare alterum ad diuiſionem, vide apud *Neguz. p.* 2. *memb.* 3. *num.* 39. *& ſeqq.*

Capvt III.

De re duobus vel pluribus pignori data aut obligata.

1. *An duobus in ſolidum res poßit eſſe obligata?*
2. *Ad l.* 16. §. 8 *de pignorib.*
3. *An pignus eodem die datum ſimul obligatum intelligatur?*

PErtinet hæc quoque tractatio ad indiuiduitatem pignoris: itaque ob adfinitatem, hic eam explicemus. Res ſatis eſt difficilis. Sedes eius eſt in *l. ſi fundus* 16. §. *ſi duo* 8. *de pignorib.* Nec diffitear ei loco manum eſſe à Triboniano admotam, quod & arguit ſatis ipſe ſtilus, ſed quia Tribonianus iſta in Pandectis Legiſlatorio iure ſcripſit, nos Tribonianum defendemus quantum poſſumus, videbimuſque quid pro ſententia *d. l. ſi fundus* §. 8. *dici poßit.* Illud inprimis credendum, cum rem duobus obligatam ponamus, an ſingulis teneatur in ſolidū,
1 aut pignori ita teneri poſſit? Quod Tribonianus d. loco *verſ. vtrum.* adfirmat diſertè, & idem apparet ex ſeqq. ibid. & quod nimirum pro diuerſitate caſuum, ſingulis in ſolidum res poſſit eſſe obligata. Hoc ab effectu probatur, quod cum non poſſit hypothecaria actio vltra quam obligata res eſt, competere, poſſunt ſinguli in ſolidum experiri actione

actione hypothecariâ: quod non ſolum probatur ex *d. l. 16. §. 8.* ſed, quia Triboniani autoritas forte non ſuffecerit, ex *l. creditor. 12. inf. princ. Qui potior.* ex qua etiam creditor ſecundus contra poſſeſſorem tertium in ſolidum agere poteſt, & apertius ex *l. ſi debitor. 10. de pignorib.* vbi diſertè dicitur rem vtrique obligatam eſſe in ſolidum, & ſingulos in ſolidum aduerſus extraneos hypothecariâ actione vti poſſe. Nec quidquam impedit, quo minus & hac ex cauſa, ſicut & alijs duo correi conſtitui poſſint: nec finis pignoris, ſecuritas debiti repugnat, quominus in ſolidum duobus poſſit eſſe cautum. Sed contradicit Faber *decad. 21. cap. 9.* vbi non magis rem duobus in ſolidum obligatam poſſe eſſe ait, quam vt duo eiusdem rei in ſolidum ſint domini: & ſuauis homo profitetur, ſe hac in re & à Triboniano & ab omnibus Interpp. diſſentire. Nimirum & à JCtis, quorum ſunt citati textus, ille ita diſſentit: & parum refert, quid Faber, homo erroribus obſitus, cenſeat: cuius argumenta vix digna ſunt refutatione. Et illa inepta petitio principij, quod vt res alicui poſſit pignori obligari, oporteat oppignorantem omnino liberum habere dominium rei, ita vt nulli jus in re ſit conſtitutum: nam alias ſatis liberum habet debitor dominium quod in alium non obſtante pignoris obligatione jure ſuo transferre poteſt. Nec quidquam porrò mouet quòd creditor prior habet id jus vt in ſolidum rem alienare poſſit: Nam & duorum correorum id jus eſt, vt vnus præuertendo alterius jus in irritum deducat. Et facit hoc jus prioritatis vt prior jure ſuo vtens efficiat alterius jus inutile: quod alias omnino nullum non eſſe inde apertum eſt, quod aliàs ſecundus agere hypothecaria non poſſit, contra *d. l. 10. de pignor. & d. l. 12. inf. pr. Qui pot.* Et jus illud prioritatis facit, vt qui diſſimulans nexum, alteri rem obligat, incidat in crimen ſtellionatus. *l. & quæ. 15. §. qui res. de pignor.* Illud, quod Faber non aut vix mouet, vrgere quis poſſit, quod alia ſit ratio obligationis, ex qua tantum perſonalis actio naſcitur: alia eius, ex qua jus in re quæritur creditori, vt in re pignorata. Sed enim neque obligatio perſonalis ita in ſolidum adquiri duobus poteſt, vt ſinguli per eam ſolidum conſequantur, ſed, vt jam diximus, vno præoccupante, alterius jus tollitur: ita licet maximè, quod veriſſimum eſt, duo creditores ita non poſſint in ſolidum concurrere, vt ſinguli rem in ſolidum conſequantur, inde tamen deduci nõ poteſt, quod ſingulis in ſolidum res nõ poſſint eſſe obligatæ. Et duos jure eiusdem dominij in ſolidum poſſe a-

 gere

gere non legimus: Sed duobus competere Seruianam in ſolidum jam ante probauimus. Nec eadem juris dominij & juris pignoris ratio eſt: quandoquidem jus quidē dominij omnino vni rem tribuit in ſolidum & totam, quod dici non poteſt de jure pignoris. Et quid multis opus? Cum ipſe Faber *inf. cap.* cogatur admittere duos correos ex cauſa pignoris poſſe conſtitui: atque ita fœdiſſimè ſibi contradicit, aut turpiter retractat, quod toties illo ipſo cap. tam proteruè affirmat eandem pignoris & dominij eſſe rationem: vt autem duo in ſolidum eandem rem jure eiusdem dominii perſequantur, fieri non poteſt: cogitur autem admittere Faber, quod duobus in ſolidum competat actio Seruiana. Sed jam cetera in *d.l.16.§.8.de pign.* videam⁹. Ante omnia diſtinguendum, quod aut duo eandem rem pignori ſucceſſiuè atq; diuerſis temporibus accipiunt: aut eodem tempore & ſimul. (non jam de eo amplius an res in ſolidum duobus pignori eſſe poſſit, ſed de alijs quærimus) Illo caſu liquidum jus eſt: quod prior ſit potior in toto pignore vtrumq; in debito minus ſit quàm in pignore: nam vt diximus *cap. præced.* licet maior pars debiti ſoluta ſit, tamen in ſolidum diſtrahi poteſt. Cui non obſtat *d.l.15.§.2.de pign.* quoniam quæ dicitur hyperocha, ſub tacita conditione intelligitur obligata creditori ſecundo, ſi prius anterior creditor fuerit dimiſſus; & cum creditori priori, pignus & in ſortem & in vſuras, & quidquid tandem eius intereſt teneatur, nec poteſt niſi priori creditore dimiſſo computari quantum ſuperſit. Quod ſi prior creditor dimiſſus & quocunque modo obligatio eius finita ſit, tum creditori poſteriori obligata in ſolidum res eſſe incipit, licet fuerit dictum in conſtituendo pignore, quod tantum pignus obligetur in reſiduum: quoniam hoc ad euitandum crimen ſtellionatus prædictum intelligitur. Atque hoc eſt diſtinctionis membrum primum. Alterum eſt, quò duo ſimul rem eandem pignori acceperunt, vel quo duobus eadem res ſimul eſt pignori obligata. De hoc membro agitur in *pr. dict. l.16.§.8. de pignoribus.* Et ait JCtus ſiue Tribonianus, *Si duo pariter de hypotheca paciſcantur: pariter*, ſignificat, pactum eſſe ſimul, & tempore eodem, quod Græci dicunt ἅμα ſiue ὁμοῦ vt non eſſet, cur Faber *decad. 21. cap. 9.* id verbum cauillaretur. Neq; aliter id poſſe intelligi, vel hinc apparet, quod ſingulis in ſolidum hoc caſu rem eſſe obligatam negat, & pro partibus teneri adfirmat: quod falſum neceſſario eſt, vbi obligata duobus res eſt ſucceſſiui. Hoc igitur poſito caſu,

quæ-

quæritur ibi, in quantum quiſque rem obligatam habeat, vtrum pro debiti quantitate, an pro partibus dimidijs, & magis videri reſpondet, quod res ſit obligata pro quantitate debiti. Et hic rurſus noſter Faber contradicit, & obligatum eſſe pignus cenſet pro partibus virilibus, & adeo ſi duo ſint, pro partibus dimidiis. At enim vt maximè ratio forte aliqua juris repugnaret, eam ceſſare oporteret ob adeò manifeſtum textum, vtcunque ille eſſet Triboniani: vt putidum ſit nugari, & diſputare contra juris apertam diſpoſitionem: & imò inſanum tantum ſibi tribuere vt quis putet, ſe contra textum & receptam tot ſeculis in foro & ſcholis opinionem obtinere poſſe: Et videamus tamen an non his quæ adducit Faber ſatisfieri poſſit. Nititur 1. textu in *l. aliena.* 20. §. 1. *de pignorat. act.* vbi eorum, qui ſimul rem pignoris acceperunt, dicitur eſſe æqualis cauſa. Sed id facilè expeditur à Saliceto & alijs ibidem qui eò id referunt, quod vnus alio non ſit potior: vt hactenus is caſus opponatur illi, quo duo ſucceſſiuè acceperunt pignus, quod hoc alter vt prior tempore ita & altero ſit potior jure: hæc enim duo verba *æqualis* & *potior* ad jus quod competit in pignore perſequendo referuntur. Sed & fortè non ineptè. *d. l.* 20. §. 1. ad eos poſſit referri, qui correi quaſi credendi ſimul pecuniam mutuam dederunt, quibus ſanè pro dimidiis partibus res obligata erit, ſi contingat, vt vterque in debito perſequendo concurrat. Magis pro Fabro facere videtur, *l. ſi debitor.* 10. *de pignoribus.* vbi in his terminis reſpondetur, quod ſinguli dimidiam partem poſſeſſionis per actionem Seruianam apprehendant. Reſpondeo, diſtinguendum eſſe, an ita actum ſit expreſsè, vt res obligata pro partibus ſit: an ſimpliciter obligata res ſimul fuerit duobus. De illo caſu expreſsè tractatur in *d. l.* 10. & conſtat partis appellatione in dubio intelligi partem rei dimidiam. Ad hunc autem caſum referenda eſt *l.* 10. §. 8. §. *de pignor.* vt tacitè hîc actum cenſeatur, vt res ſingulis pro quantitate debiti ſit obligata. Et præterquam quod nihil abſurdi eſt in hac diſtinctione, ea præterea neceſſaria eſt, ad componendos textus: quandoquidem vt diximus, Legislatorio jure vſus ita Tribonianus diſpoſuit: Cetera quæ mouet, futilia ſunt. Argumentatur ab abſurdo: Ex hac ſententia futurum, vt ſi fundus ducentis dignus,

 ſit

Digitized by Google

ſit obligatus duobus, quorum alter centum, alter quinquaginta mutuo dedit, illi fundi pars dimidia, huic vna quarta, altera quarta nulli ſit obligata. Hæc verò aut ignorantia eſt aut calumnia. Et imò ita res habet, vt in iſta ſpecie vni duæ tertiæ, alteri vna tertia fundi ſit obligata. Eiusdem farinæ eſt, quod porrò ab abſurdo infert. Quid, inquit, ſi res non pluris ſit, quàm vni ex creditoribus debeatur, quomodo fieri poteſt, vt vnusquisque pignus habeat obligatum pro quantitate debiti. Ridicula cauillatio: intelligimus enim vnicuique pro portione debiti rem eſſe obligatam, licet ex pignore vtrique plenè ſatisfieri non poſſit: Et eſt iſta adeo rurſus aut ignorantia craſſa, aut putida cauillatio & peruerſio verborum, *pro quantitate debiti*. Nihil autem ad rem facit, quod obligatio pignoris eſt indiuidua: quod præcipuè eo ſenſu dicitur, quod ea non diuiditur inter plures heredes: & vtique ita res pignori dari poteſt, vt eis pars ſit obligata, quomodo hic pro quantitate debiti partes in re ipſa obligatæ intelliguntur. Illud autem penitus falſum eſt, quod ait Faber, pro quantitate debiti pignus obligatum eſſe, nihil aliud ſignificare, quàm, eſſe obligatum in ſolidum: quamuis iſta ſit ſecunda interpretatio Accurſij *ad d.l.16.§.8.* qua admiſſa, putidiſſima erit tota prior diſputatio Fabri: Ceteroquin non abſurdum eſſe illam ſententiam, juxta quam accipimus *dict. l.16.§.8.* & illud confirmat, quod duo pupilli qui hypothecam tacitam habent in re ex nummis eorum comparata, concurrunt non pro partibus dimidijs, ſed pro quantitate pretij, quod ex cuiusque bonis pro ea re numeratum fuit. Et poſſit etiam huc referri, quod eſt in *l. communi. 7. §. inter eos 12. Comm. diuid.* vbi duos inter creditores ita res diuiditur, vt non vero pretio æſtimetur pars, ſed in tantum, quantum pro ea debetur. Et velim tamen hanc ſententiam ita limitari, vt obtineat, ſi inter ſummas debitas ſit maior aliqua diſtantia, veluti ſi duobus, quorum vnus mille florenos, alter centum vel etiam quinquaginta credidit, res ſimul ſit obligata: inquibus terminis tantum abeſt, vt ſit abſurda iſta ſententia, vt imò abſurdum ſit, ſingulis pro partibus æqualibus rem eſſe obligatam & prorſus cum pro ſecuritate debiti res obligetur, ſumma ratio ſuadet, vt proportionis & quantitatis debiti hîc ratio habeatur.

Perſequamur quæ porrò habet Tribon. in *d.l. 16.§.8.* *Sed vterq;* (ita habent verba textus) *ſi cum poſſeſſore agat, quemadmodum vtrum de parte quisq; an de toto, quaſi vtriq; res in ſolidum obligata ſit.* Quilibet hîc non ob-

obtuſæ planè naris agnoſcit ſtilum Triboniani. Contra quem porrò diſputat Faber, & iſtam abſurdam & otioſam eſſe ait quæſtionem. Et ita ipſe ea verba accipit, quaſi proponatur diſtinctio, an agatur de hypothecaria danda contra debitorem, an contra tertios poſſeſſores: & quod contra illum ſinguli tantum pro parte experiantur, ſed contra hos in ſolidum. Aliter id accepiſſe Salicetum apparet, qui ibi diſtinguit, an quæratur, pro quanto res ſit obligata, & pro quanta parte agi poſſit. Vtraque falſa meo quidem judicio, eſt explicatio. Nec enim apparet ratio, cur diuerſum jus hactenus in debitore & in alijs poſſeſſoribus faciamus: & minus adhuc apparet, qui fieri poſſit, vt vltra quam res eſt obligata, eius perſecutio locum habere contra quemcunque tandem poſſit. Ego puto Tribonianum iſtis verbis tantum quæſtionem proponere, necdum quidquam definire, ſed demum illis verbis ſubijcere deciſionem, *quod erit dicendum, ſi eadem die pignus vtriq; datum eſt ſeparatim*: Et hoc enim caſu non in partes, ſed in ſolidum ſingulis tenetur pignus, vbi nimirum nō ſimul, ſed ſeparatim ſucceſſiuè duobus eſt obligatum.

Objicit hîc quoque Faber reſponſionem eſſe ineptam, cum in *pr.* §. quæſtio ſit concepta de duobus qui ſimul eandem rem pignori accipiunt. Sed nimis leue hoc eſt: & ſit hoc forte factum inſubtilius, quid verò iſtud ad ipſam rem & rei cardinem? Nimis putidum eſt hoc tantum agere, vt carpas & calumnieris: neque abſurdum aut prorſus nouum eſt, vt occaſione quæſtionis ſpecialius propoſitæ, generalior diſtinctio ſubijciatur. Sed & *pariter* quod verbum eſt in *pr.* §. poteſt laxius accipi, vel eodem quaſi momento, juxta *fin.* §. *ſimul illi & illi* vel cum aliquo interuallo, vt nihilominus poſſit ſimul fieri dici: quomodo ipſe Faber accipit hunc locum, & putat ex ſententia Triboniani etiam ſimul acceptum dici pignus, quod eodem die licet diuerſis interuallis à diuerſis eſt acceptum. Ex quo ipſo manifeſtam Triboniani inſcitiam detegi Faber ait. Et ſanè ex ratione juris defendi non poteſt, vt ſimul pignus datum intelligatur, quod licet eodem die, ſeparatim datum eſt: maxmè quo ad jus prioritatis, vbi hactenus cenſeo cum Fabro (& de illo dicemus *lib. ſeq. in pr.*) momenta penè temporis attendenda eſſe. Et quid verò fingi poſſit abſurdius, vt concurrat in pignore, qui v.c. ſub veſperam accepit pignus, cum eo qui accepit ſub auroram. Et quis verò non intelligat eum priorem eſſe, qui fortè decem aut amplius horis ante alium rem pignori accepit: cum & aliàs jus cre-

Digitized by Google

ditori quæſitum eludere poſſit debitor, ſi ipſi, alijs rem eodem jure & eadem die liceret oppignorare. Et profectò ſi ita Tribonianus ſenſit, defendi non poteſt. Sed magis eſt vt ipſi fiat inſigniter injuria. Et ita eſt, vt Tribonianus vtcunque quæſtionem initio propoſuerit de duobus pariter rem pignori accipientibus, tamen poſtea generaliorem ſubjiciat diſtinctionem, & decidat quid juris ſit in duobus qui non ſimul ſed ſeparatim diuerſis temporibꝰ rem pignori acceperunt. Et ipſa verba & contextus ab hac injuria vindicant Tribon. Ipſe enim in priori membro ponit, pignus eſſe acceptum *ſeparatim*: cui apponit mox aliud membrum, quo *ſimul* duobus res eſt obligata: quo caſu, ſi non aliud actum eſt, ſingulos ait agere pro parte: & fieri igitur juxta ſententiam Triboniani non poteſt, vt ſimul pignus accepiſſe dicantur, qui licet eodem die diuerſis horis acceperunt, & qui ſingulis in ſolidum ex ſententia Triboniani jus agendi habent. Et probat hic ipſe locus, eò magis jus in ſolidum agendi ſingulis competere, quo magis diuerſis temporibus res eſt obligata: quoniam in altero membro, qui ſimul acceperunt, tantum poſſunt agere pro parte. Et qui igitur ſinguli in ſolidum agunt, & ſeparatim licet eodem die rem pignori acceperunt, non poſſunt eo jure cenſeri ac ſi ſimul rem pignori accepiſſent. Hæc veriſſima ſunt, & oſtendunt peſſimè hunc locum acceptum & intellectum eſſe à Bartolo, qui ex eo ibidem notat, ſimul fieri cenſere, quæ eodem die licet diuerſis horis fiunt: quod vtique in hac materia pignorum prorſus falſum eſt. Et tamen facilè ignouerit Bartolo, qui viderit, eundem errorem erraſſe doctiſſimos recentiórum, *Hottomannum. Tractat. de pign. cap.* 4. *Cuiacium ad lib.* 29. *Edict. Pauli in l. aliena.* 20. *de pign. act.* ſi mane, inquit, vni rem pignorauero, veſperi alteri, alter altero potior non eſt. Nihil falſius: & malè meriti ſunt de Cuiacio, qui opera illa, contra quam ipſe fieri vetuerat, poſt mortem eius ediderunt. Et quod mireris, ita quoque ſentit Græcus ille Conſtantinus Harmenop. *lib.* 3. *tit.* 5. §. 38. vbi ita ſcribit Ἐὰν δυσὶ τὸ αὐτὸ πρᾶγμα ἐν μιᾷ ἡμέρᾳ ὑποτεθῇ, αἱ ὧραι προλαμβάνουσαι καὶ ὑστερίζουσαι, οὐ ποιοῦσι τινὶ αὐτῶν προτίμησιν, ἀλλὰ ὑπόκειται αὐτοῖς κατὰ ἀναλογίαν τοῦ χρέους. id eſt, ſi duobus vna eademque die res fuerit ſuppoſita, horæ præcedentes aut ſubſequentes non faciunt alteri eorum prærogatiuam, ſed pignus ipſis ſuppoſitum eſt ſecundum proportionem debiti. Quibus verbis ad hunc locum reſpexiſſe videtur

tur. Sed contemno Græculum iſtum, nec tantæ ille mihi eſſe poteſt autoritatis, vt tantæ abſurditatis imo contradictionis arguere velim Tribonianum. Et planè probo Accurſium, qui vidit veritatem, dum particulam *SI eodem.* interpretatus eſt per *quamuis.* (& poſſit videri Græciſmus εἰ καὶ vel κἂν) quoniam ratio decidendi, cur iſti in ſolidum ſinguli agere poſſint, juxta hunc ipſum textum eſt, quia *ſeparatim* pignus acceperunt: vt planè ſit contra mentem Triboniani, eos qui eodem diuerſo tempore pignus acceperunt, pro ijs haberi, ac ſi ſimul pignus accepiſſent: Quæ rationes faciunt, vt ſiue de jure prioritatis, ſiue agendi in ſolidum quæras, ſententia illa & explicatio Bartoli & ceterorum non poſſit defendi: & præſtet emendato leuiter textu pro *ſi eodem* ſubſtituere, *etſi eodem* quam tam abſurdam ſententiam tueri: Sequitur tandem in textu noſtro. *Sed ſi ſimul illi & illi, ſi hoc actum eſt, rectè vterq; in ſolidum aget, ſin minus, vnusquiſq; pro parte.* Hoc quoque falſum eſſe Faber ait, quoniam vt maximè duo rei credendi conſtituti eſſent, tamen non poſſet vterque ſimul in ſolidum agere. Hæc verò eſt inſignis calumniandi libido. Intelligit enim Tribonianus non quod ſimul actu ſinguli in ſolidum experiri poſſint, ſed ſingulos in ſolidum jus agendi habere, juxta *l.10. de pignoribus.* Et tamen hoc proprium hic eſt & diuerſum ab alijs duobus correis: quod vbi vnus correus v.c. ſtipulandi inſtituit actionem, tota obilgatio perimitur, ita vt alter amplius agere non poſſit: atquin in pignore per actionem ab vno motam, alterius jus non perimitur, ſed terminis habilibus præpoſitis alteri jus agendi integrum manet. Sed quid eſt, quod in extremo *d.l.16.* §.8. ait Tribon. ſi duo ſimul rem acceperint, ſingulos agere parte: an intelligit partes dimidias, & ita mutat, quod in *pr.* §. dixerat, pignus hoc caſu acceptum cenſeri pro quantitate debiti? Non dixerim: & putarim hoc tantum fuiſſe propoſitum Triboniano, vt diſtinguerit caſum, quo ſeparatim à duobus pignus accipitur, ab eo, quo ſimul. Illo caſu agitur in ſolidum, hîc pro parte: vtiq; non in ſolidum: at certè, etiam ſi pro quantitate debiti res obligata eſt, non in ſolidum pro partibus agitur: & adeo finis §. *ex pr.* eſt explicandus. Accurſii interpretationem ſupra improbaui.

CA-

Capvt IV.

De effectibus mediatis qui ex jure in re conſtituto exſiſtunt.

1. *Pignoris mutatio in hypothecam & contra.*
2. *Tres effectus pignoris.*
3. *Specialis caſus, quibus tantum retentio.*
4. *Retentio effectus pignoris.*

POſſint iſti effectus diſtingui in proprios & communes. Illos duo,
qui alterutri ſpeciei pignoris aut hypothecæ propriè ſumtæ : hos
qui vtrique conueniunt. Vtraq; autem ſpecies vel manet in natura
ſua quam initio habent: vel ex poſt facto, aut ex accidenti, in ſpeciem
ſibi appoſitam quaſi transformatur. (non verſamur hic in ſpeciebus
à natura productis quarum non eſt μεταμόρφωσις) veluti ſi creditor a-
mittat rei traditæ poſſeſſionem, ex pignore fit quaſi hypotheca: (ma-
net enim res nihilominus obligata) & ex aduerſo: ſi ob moram debi-
toris, creditor inſtituta actione hypothecaria poſſeſſionem rei conſe-
cutus, jam hypotheca quæ ante fuerat, incipit inducere naturam pi-
gnoris, & vt Dd. loquuntur, tranſit in pignus. Jnde fit, vt quod ini-
tio vni ſpeciei erat proprium, alteri ſpeciei, non tamē quà tali, ſed mu-
tata qualitate, communicetur: atque ob hanc cauſam omnes effectus
poſſint eſſe communes. Et nos illos ordine proponemus, pro condi-
tione & qualitate ſua ad propria obiecta referendos. Videntur illi
ad tres poſſe referri, jus excipiendi, jus agendi, & jus vendendi: Et, ſi
2 creditor pignus teneat, omnes tres concurrunt, jus eiam agendi, licet
id quamdiū rem tenet, actu non exerceat. In hyootheca duo poſte-
riores concurrunt: aliquando, vbi pignus rectè conſtitutum non eſt,
effectus retentionis ſolus eſt, veluti ſi rem alienam quis ſciens accepe-
3 rit: juxta *l. 1. in pr. de pign.* quod & quibusdam alijs ſimilibus caſibus
contingit, vt in ſpecie *l. 1. C. ſi res aliena. l. 7. §. pen. de reb. eor.* ſed vt tamen
ſemper ſpecialis ratio aliqua exceptionem defendat (ceteroquin ſecus
eſſet, vt in ſpecie *l. cum vitioſè 25. de pignor.*) velut in *d. l. 1. de pignor.* factum
ipſius debitoris, qui rem obligauit: in *l. 1. C. ſi res alien.* verſio pecuniæ
in rem domini: & in *d. l. 7. §. de reb. eor.* quod tutor pecuniâ acceptâ, cre-
ditorem alium cui ſub pignore pecunia debebatur, dimiſit: cetero-
quin extra has cauſas pignoris inutilis obligatio nec pareret exceptio-
nem.

nem. Et alias etiam citra vinculum pignoris ſola æquitas inducit exci-
piendi & retinendi jus vt in *l.1. Quib. mod. pign. ſolu.* Et tamen nihilomi- 4
nus rectè inter effectus pignoris refertur jus retinendi, & excipiendi:
nam vt alias quis retinere poſſit, oportet propriam cauſam ſubeſſe, v.c.
quod ille in rem impenderit, vel quid aliud: ſed ſola pignoris obliga-
tio facit vt exceptione poſſeſſor defendatur: quæ hinc & in ſpecie
vocatur exceptio pignoratitia *l. ſi quis 6. §. vlt. comm. diuid.* & pignoris
defenſio in *l. neq; 10. C. de pignor. act.* Quinimo ex hoc jure retinendi,
ob pignus inductum poſtea ſenſim videtur, vt res aliâs retinere lice-
ret: eo argumento, quod res dicitur retineri quodam jure pignoris, *vt*
in l. creditoris 15. §. 1. de furt. l. Iulianus 13. §. offerri de act. empt. Denique
hoc loco notanda eſt ſpecies pignoris, in quo eſt ius retinendi citra
jus vendendi: Tale eſt pignus prætorium, quod conſtituitur per miſ-
ſionem in poſſeſſionem bonorum ex primo decreto: quod pignus
tribuit ſolam detentionem & cuſtodiam & rei quoque perſecutionem
tit. Ne ius fiat ei &c. Nam quod porrò contumace debitore bona poſ-
ſunt vendi, non fit virtute primi decreti per quod inducitur pignus
prætorium ſed ſecundi, quod longe plus operatur: & ita ex cauſa da-
mni infecti qui mittitur ex primo decreto, nihil præter cuſtodiam ha-
bet, qui miſſus ex ſecundo etiam nanciſcitur dominium. Specialem
rationem quoq; habet pignus quod iuſſu magiſtratus capitur pro exe-
cutione ſententiæ: ferè enim hoc ſolet ab ipſo executore diſtrahi &
vendi.

CAP. V.

Amplius de priori effectu & iure retentionis.

1. *Pro chirographoria pecunia pignus retinetur. ad l. vn. C. etiam ob chir. & n. 3. & 5.*
2. *An pignus in ſortem vel ſimpliciter obligatum, & quatenus etiam teneatur pro vſuris?*
4. *Vſura an odioſa?*
6. *Ad l. 11. §. 3. de pign. act.*
7. *Ad l. 4. C. de vſuris & n. 9.*
8. *De vſuris pacto nudo promiſſis.*
10. *Retentioni ex quibus cauſis ſit locus.*

FAciunt duo textus, vt ſeparatim hac de re diſſerere habeamus. Alter eſt in *l. vn. C. Etiam ob chir. pec.* quod pignus datum pro pecunia debita ex vna cauſa, poſſit retineri & pro alia pecunia, quod ſine pignore debetur. Alter eſt *in l. 4 C. de vſuris*, quod per retentionem pignoris vſuræ ſeruari poſſint. Et rectè enim Dd. *d. l. vn.* ita intelligunt, vt ſaltem retentio pignoris detur ob aliud debitum: ita vt creditor qui ob hypothecariam, vt ita loquar, pecuniam, pignoratam rem & perſequi & vendere poteſt, neutrum horum poſſit ob aliam chirographariam pecuniam. Itaq; vt *Bald. in d. l. vn. ſub fin.* notat, ſi ceciderit poſſeſſione creditor, actionem hypothecariam non habet: quæ & Accurſij ſententia eſt: Itaq; pignoris rite pro vno debito conſtituti: hic
2 ſingularis effectus eſt, vt proſit ad retentionem pro alio debito: Mouent autem hic ſcrupulum textus qui de vſuris loquuntur, & dubium faciunt, an pignus vel in ſortem vel ſimpliciter obligatum, etiam pro vſuris ſit obligatum, vt ob eas vel hypothecaria quoq; ſit actio, vel ſaltem retentio ſit pignoris. Sunt hæc loca in *l grege 13. §. vlt. de pignor. l. 8. §. vlt. & l. ſolutum 11. §. 3. de pign. act. l. per retentionem 4. & l. pignoribus 22.*
3 *C. de vſuris*. Et illud in procliui eſt dicere, quod *d. l. vn.* loquatur de duabus ſortibus, quarum vna eſt poſt alteram credita, altera ſub pignore, altera ſine pignore. Eam explicationem 19. *obſ.* 27. proponit Cuiacius, ſed quaſi trepidus & ambigens, & tanquam à ſe profectam primũ: & id tamen longe ante ipſum, tamquam liquidum tradiderunt *Bald. & Salic. in d. l. 4. C. de vſuris*: itaq; paulo audacius Hunnius ad *Treutl. q. 53. de pign.* Cuiaciũ hic ſomniare pronuntiat. Ipſe autẽ malè argumentatur, quod vſuræ ſine pignore debitæ vtique ſint chirographaria pecunia: quaſi non vltro ſit apertum quod in *l. vn. C. etiam ob. chir. pec.* de ſumma duplici credita tractetur, atquin non ſunt vſuræ pecunia credita, ſed
4 creditæ pecuniæ accedunt. Alij vt *gloſſ. Bart. Cyn. in d. l. 4. & d. l. vn.* ſpeciale eſſe dicunt in debito odioſo, quale ſit debitum vſurarum. Hic rurſus Hunnius, negat vſuras præſcripto à LL. modo exercitas eſſe odioſas: quod habet ex *Cuiacio* 19. *obſ.* 27. vbi negat quidquam odio vſurarum jure noſtro ſcriptum eſſe. Ego obiter propter Cuiacium, & pro ſententia Interpp. qui paſſim vſuras odioſas appellant, odium illud vſurarum probabo. Et 1. quod odio vſurarum nihil ſcripũ ſit jure noſtro, nihil omninò facit ad rẽ. Nec enim Tribonian⁹ neceſſe habuit de odio illud quidquã referre in Pandectas: &, ſi integros libros JCtorũ haberemus, facile ex illis quid de vſuris ſenſiſſent intelligeremus. Et tamen

tamen quod paſſim legimus,vſuras intra limites coercitas,damnatum, quidquid in fraudem earũ fit,etiam ſub nota infamiæ,quod Iuſtin.eas moderatꝰ eſt,quod vſuras vſurarũ,& vſuras in ſortem imputari vetuit, ſatis arguunt,quid de vſuris ſit ſentiendum. Plane certum eſt vſuras ab Impp.admiſſas & JCtis,non quod eas probarent,ſed quod eas admittere neceſſe habuerunt; quod aliter nemo indigentibus pecuniam daturus mutuã fuiſſet. Si res iſtius loci eſſet, diſputarẽ ex politicis rationibus & ex *Ariſtot.1.polit.* quod vſuræ ſint contra vſum & finẽ, propter quem nummus inuentus & receptus fuit. Adducerem Legem *Platonis 5.d. LL.* μὴ δανείζειν ἐπὶ τόκῳ non mutuandum ſub vſuris. Sed quia aliò iſte locus pertinet,adducam autores Romanos. Cato *de re ruſt. in pr.* maiores noſtri ita ſtatuerunt,inquit, atq; ita in LL. poſuerunt, furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli, & peiorem ciuem exiſtimarunt fœneratorem quàm furem. Cicero 1. *Offic.* Improbantur ij quæſtus, qui incurrunt in odia hominũ, portitorum & fœneratorum. Quot malis fœneratores & ſeditionibus cauſam dederint, locuples teſtis eſt Liuius paſſim & ille *lib.7.* Lata,inquit,eſt perlataq; Lex de vnciario fœnore: (quæ leuiſſima eſt vſura) & *eodem libro paulo poſt*, ſemiunciarium fœnus ex vnciario factum: *& eod. lib. in extremo*: Inuenio apud quoſdam L. Genatium tuliſſe ad populum ne fœnerari liceret. Et *lib.35.* Inſtabat,inquit,alia cauſa quod ciuitas fœnore laborabat, & cum multis fœnebribus Legibus auaritia conſtricta eſſet, via fraudibus inita erat. Lamprid. *in Alexand.* Senatores ſi fœnerarentur (id eſt mutuam pecuniã darent,vetuit vſuras accipere vnus,qui inſtar omniũ eſſe poteſt extat apud *Tacit. 6. annal.* inſignis locus. Vetus,ait,vrbi,fœnebre malum, ſeditionum diſcordiarumque celeberrima cauſa, eoq; antiquis quoq; cohibebatur & corruptis minus moribus. Nam primò duodecim tabulis ſanctum, ne quis fœnore vnciario amplius exerceret,cùm antea ex libidine locupletium agitaretur, dein rogatione Tribunitia ad ſemiuncias redacta,poſtrema vetita verſura, (malim vſura, & hoc intelligit enim vbiq;)multiſq; plebiſcitis itũ obuiã fraudibus, quæ toties repreſſæ miras per artes rurſum oriebantur. Et quod omnino vetitã verſurã ſcribit,prȩter Liuiũ ſup.citato loco,qui apud quoſdã ſe hoc reperiſſe ſcribit,adſtipulatur *Appianus lib.1.ciuiliũ.* vbi refert,creditores & debitores in vrbe agitaſſe ſeditiones, quod quidã fœnus exercerent,cũ vetus quȩdã Lex prohibuiſſet vſuras accipere,pœna etiã fœneratoribus indicta; & addit, ꝙ veteres Romani,inſtar Grȩcorũ fœnꝰ

abhorruerint. Hæc interim ad probandum, quod vſuræ ſemper Romanis fuerint exoſæ, ſufficere poſſunt. Jam vt ad rem noſtram redea-
5 mus, nec omittenda eſt ad *d l. vn. C. etiam ob. chirogr. pec. &c.* alia explicatio, quod ea non procedit, vbi ſimul quis duas ſortes mutuas accepit, & pro vna tantum dedit pignus, ſatis enim tacite hoc actum intelligitur, ne pro altera pignus teneretur. Verum locus eſt illi ſanctioni, vbi poſt contractum ſub pignore debitum, aliam pecuniam quis mutuo accepit: quin nec dubitem idem obtinere, vbi antea ſine pignore debitum contractum eſt, vt vigore conſtitutionis, tacite conuentum videatur, vt & pro hac pignus quod eſt datum poſtea, liceat retinere: Iſta quidem facile quis probauerit. Sed necdum extricata eſt quæſtio de ſorte & vſuris. Illud 1. conſtituendum eſſe cenſeo, ſi ſub taxatiua particula pignus ſit contractum, ſoluto eo pro quo contractum eſt,
6 locum eſſe actioni pignoratitiæ, vt eſt in *l. ſolutum* §. 3. *de pign. act.* ſiue in ſortem duntaxat ſit contractum, ſiue duntaxat in vſuras. Et judicium Cuiacij hic miror, qui admittit illud quidem, quod non poſſit pignus retineri pro vſuris, quod tantum datum eſt pro ſorte: ſed non vult admittere hoc, quod pignus tantum contractum pro vſuris non poſſit retineri pro ſorte: & adeo non admittit, vt textum in *d. l.* 11. §. 3. *de pign. act.* mutet, *& pro ſi in ſortem duntaxat* VEL *in vſuras* reponat, *ſi in ſortem duntaxat* NEC *in vſuras* & hoc nimirum propter *d. l. vn.* C. *etiam ob chirogr. pecun.* quaſi verò non liquidum ſatis ſit, quod citra vllam taxationem pignus ſit datum pro debito in *d. l vn.* ſi quidem particula taxatiua excludit omnem tacitam conuentionem, imò inducit conventionem expreſſam, vt pro ea ſumma ſolùm, in quam datum eſt pignus, teneatur. Et imò vero contra plus habet rationis, vt pignus pro ſorte tantum datum etiam teneatur pro vſuris acceſſorijs, quam vice verſa. Sed ſanè vtroque caſu, cum & obligatio vſurarum, quamuis acceſſoria per ſe ſubſiſtit, expreſſa limitatio non patitur pignus vltra conuentionem teneri. Sed vbi citra taxationem pignus contractum eſt, res plus habet dubitationis. Textus eſt in *l ſi neceſſarias* 8. §. *vlt. de pign. act.* cum pignus ex pactione venire poteſt, non ſolum ob ſortem non ſolutam venire poſſe, ſed etiam ob vſuras. Itaque non hic tantum retentioni, ſed etiam ceteris effectibus locus eſt. Quod ſi pignus expreſſe pro vſuris obligatum eſſe ponas, non video, quæ ratio dubitandi eſſe poſſit. Et ad eum locum notauit Græcus autor Harmenop. quod pignus obligatum pro ſorte, etiam tacitè pro vſuris obligatum

eſſe

eſſe intelligatur *lib.* 3.*tit.*5.§.14. cuius verba refert (ne ea neceſſum ſit hic transſcribere) *Cuiac.*5.*obſ.*28. quæ ſententia mihi omnino probanda videtur: quæ etiam ſatis aperte hinc firmatur, quod in *d.l.*8.§. *vlt. de pign. act.* dicitur pignus venire poſſe ob ea, quæ in id ſunt impenſa: & adeo poterit etiam venire ob id, ſuper quo expreſſe nihil conuenit, & in quod pignus expreſſe datum & obligatum non eſt: Cum enim ex accidenti ſit, vt creditor quid impendat in pignus, nemo dixerit facile, in impenſas quoque obligatum fuiſſe pignus: & eadem verò ibi ratio expenſarum & vſurarum ibid. ſtatuitur. Neque quod creditor ob expenſas pignoratitia contraria actione vti poteſt, efficitur, quod ob has etiam pignus vendere poſſit (eſt illa enim actio mere & pure perſonalis) niſi tacite pignus pro impenſis obligatum intelligeretur. Et facit, quod ex ſententia Dd. notat *Neguzant. part.*8.*n.*52. *memb.* 1. quod hypotheca quæ obligata eſt pro frumento, vino &c. obligata etiã cenſeatur pro incremento æſtimationis. Hanc autem ſententiam ita limito, ſi pecunia accepta & vſuris promiſſis ſimpliciter pignus datũ fuerit: & quis non hoc caſu etiam pro vſuris obligatum eſſe intelligat? & ſc. amplius non ita tantum, vt retineri pro vſuris poſſit, ſed etiã vt propter eas creditor pignus hypothecaria perſequi & vendere poſſit juxta *d.l* 8.§.*vlt. de pign. act.* quæ de hoc caſu rectè explicatur: & fortaſſis ita dubia redditur ſententia Harmenop. antea relata, qui non ſimpliciter pignus datum, ſed in ſortem obligatum proponit. Et obſtare videtur illi ſententiæ. *d.l.*11.§.3. *de pignor. act.* vbi JCtus ait, pignoratitiam actionem ceſſare propter vſuras, ſi tamen & in eas obligatum ſit pignus. Quod tamen non ita fuerit accipiendum, quaſi expreſſa conuentione ſit opus, quod contrarium eſſet ſententiæ noſtræ paulo antea propoſitæ: Et vero ſatis intelligitur etiam obligatum pignus pro vſuris, vbi data pecunia & promiſſis vſuris ſimpliciter pignus datum eſt. Sed difficilius poſſis eum locum conciliare, cum opinione Harmenopuli, vt cenſeatur pro vſuris datum pignus, quod in ſortem licet ſine taxatione datum eſt. Aut an explicamus *d.l.* 11.§.3. juxta principium, quo in ſortem aut in vſuras ſub particula taxatiua pignus obligatum eſt? Aut quod ſcribit ibi, reſtringimus ad caſum poſteriorem, quo deductæ non ſunt 8 vſuræ in ſtipulationem, ſed tantum pacto promiſſæ? vt pro his ſcil. pignus non teneat, niſi pro ijs expreſſe ſit obligatum, & quidem non teneat ſimpliciter quo ad effectus omnes, ſed tantum vt proſit ad retentionem, & faciat ceſſare pignoratitiam actionem; quod ſuadet *l. per retentionem*

tentionem 4. *C. de vſuris* quæ ſanè hoc videtur requirere, vt pignus expreſſe ſit obligatum pro vſuris nudo pacto promiſſis: illis verbis, *cum pignora conuentione pacti etiam vſuris obſtricta ſint*: quæ ſanè ita accipi non poſſunt, vt conuentio de pignore ſuper ſorte data, porrigatur etiã ad vſuras pacto promiſſas: cum, vt ex ſuperioribus patet, vix pignora pro vſuris ſtipulatione promiſſis citra conuentionem ſpecialẽ teneantur: Et ſanè videntur illæ vſuræ pacto promiſſæ minus fauorabiles & magis etiam odioſæ, quæ & indebitæ vocantur *in l.* 5. §. 2. *D. de ſolutionib*. Et cum Acc. & pleriq; eum ſecuti ita explicent *d. l.* 4. *C de vſuris*, quod pignus expreſſe pro vſuris obligatum fuerit, & ego quoq; illi ſententiæ lubens ſubſcripſerim. Præſertim cũ ea benè confirmetur ex caſu ſequenti *d. l.* 4. vbi retentionẽ pignoris negant Impp. quoniam in maiorum vſurarũ promiſſione quæ ſecuta eſt, non conuenerit, vt pignus etiam ad hanc adiectionem teneretur. Ex hoc enim licet inferre, quod in ſpecie priori in vſuras promiſſas pignus fuerit obligatum. Et non videtur inepta ratio aut oppoſitio, vt ſicut vſurarum pacto promiſſarũ non eſt petitio, ſed tantum ſolutarum retentio *d. l.* 5. § 2. *de ſolut.* ita & pignoris pro ijs obligati tantum ſit retentio. Hic quidem ſcrupulum mouet, quod etiã pro nuda naturali obligatione rectè obſtringitur pignus vt probauimus *lib.* 2. *c.* 1. Et ſicut fideiuſſor hoc effectu pro naturali etiam ſola obligatione interuenire dicitur, vt etiam contra eũ agi poſſit: ita & fatendum erit pro pignore dato, pro naturali obligatione hypothecariam actionẽ competere, aut verũ non erit, quod pro naturali obligatione nuda rectè pignus obligetur: negato enim principali effectu, ferè etiã negatur pignus: & præterea aliàs eſſet id reſtringendum ad pignus in ſpecie dictũ, ſiquidem hypothecæ, pro qua nec competat Seruiana, non poteſt eſſe retentio. Hic illud occurrit, quod non paucorũ eſt ſententia, ex pacto nudo, ex ratione juris noſtri non oriri eiuſmodi naturalem obligationem, qualem intelligunt JCti, cum naturali obligatione pignus aut fideiuſſorem &c. accedere dicunt. Deinde (nam plenius iſta exſequi hinc eſt alienum) dicam in cauſa fuiſſe de quo ſupra, vſurarũ odiũ, quo minus hypothecaria actio, ob promiſſas pacto nudo vſuras concederetur. Et ſanè dum in *d. l.* 4. & 22. *C. de vſuris* pacto promiſſas vſuras tantùm per retentionem poſſe ſeruari dicitur, conſequitur rectè pro talibus vſuris pignus non obligari. Pone enim, nõ pignus eſſe datum, ſed conuentũ ſuper hypotheca, vt pro eiuſmodi vſuris fundus pignori eſſet obligatus, poſſeſſione manente penes debitorem.

rem.

tem:Si inquã,non niſi rètentione poſſunt ſeruari, quod ſanè ex dd.textibus probatur,non poterit ob huiuſmodi vſuras dari hypothecaria actio:&porrò conſequenter,quod paulo ante dicebam⁹,pro eiuſmodi naturali obligatione cui rectè obligatio pignoris aut hypothecæ accedat,iſta obligatio haberi non poterit.Et iſto poſito forte moueat aliquid,quod pignus in ſpecie dictum per contractum realem conſtituitur,in quos ſicut & in alios,contractus non facile vltra quam expreſſe conuentum eſt, quid venire ſolet. Et (liceat porrò hic euagari) tentare tamen quis poſſit,ſi,vt ſupra propoſuimus,ſorte mutuo data & vſuris promiſſis,pro etiam pacto nudo,datũ ſit pignus,tunc licet expreſſe in vſuras has pignus datum non ſit,locum fore retentioni. Quod mihi ratio,vt ita ſentiam,omninò ſuadet, nec eſt quidquam quod valdè cõtra dicat. Nec enim dubitari poteſt,quin debitor bona fide promiſerit vſuras,nec quin eas naturaliter debeat, nec quin creditor in ſortem & vſuras quomodocunq; promiſſas pignus acceperit, nec hactenus inter vſuras ſtipulatione aut modo pacto promiſſas differentiam video: quin cum creditor ſciret,ſe vſuras exigere non poſſe,cenſetur ſibi pignore accepto proſpicere voluiſſe: Et cum vſurarum ſolutarum ſit retentio: quid ni etiam hoc remedium obliquum per retentionẽ pignoris admittemus. Nec obſtat quidquam *d.l.*4.*C.de vſuru,*imò iuuat,quia non ait,*cum obſtricta ſunt,* ſed cum obſtricta SINT, quæ verba inferunt rationem decidendi: quod ideò pignus poſſit retineri, quoniam ipſa conuentione pignoris,cenſeatur eſſe res & ſit obſtricta pro vſuris, ſed per conſequentiam & per tacitam quaſi conuentionẽ: nempè, vt prõpoſui,ſorte accepta & vſuris promiſſis pignus datum eſt.Et his poſitis terminis, non obſtat deciſio loquens *in d.l.* 4. quoniam ibi vſuræ poſt ſemel conſtitutam obligationem de nouo promiſſæ ſunt, in quas non poteſt pignus antea datum obligatum videri. Iuuat & *l.pignoribus* 22.*C.de vſur*. quæ ſimpliciter ait, pignoribus interuenientibus, vſuras ſine ſtipulatione promiſſas,poſſe retineri: & vix ſine diuinatione quis dixerit, pacto ibi expreſſo in vſuras pignus fuiſſe acceptum. Nec obſtabat etiam *l.*11.§.3.*de pign. act*. vel quia,vt diximus,tractatur ibi caſus, quo ſub particula taxatiua pignus eſt obligatum: vel quia in terminis quos ponimus ſatis in vſuras obligatum eſſe cenſetur. Quin & termini dari poſſint, quibus Harmenopuli opinioni ſit locus: veluti ſi quis accepturus centum mutuò,promittat pignus, mox accepta pecunia ꝓmittat vſuras,nõ dubitarim, in vſuras quoq; pign⁹ teneri. Quod 9 deniq;

9 deniq; amplius attinet ad poſteriorem partẽ *l.4.C.de vſuris:* aut dicendũ
eſt ibi quoque vſuras pacto promiſſas: aut ſi verbum *repromiſit* omnino de ſtipulatione interpretari velis, dicendum eſt, male inferri, ſi in eas vſuras poſtea promiſſas acceptum ſit pignus, retẽtioni ſoli fore locum. Sed hæc fortaſſis nimis multa, quibus cupio addi, quæ de hac re ex Dd. ſcribit *Neguz.p.5.memb.1.n.10.* vbi tractat, an & quando pignus etiam datum ſit aut teneatur pro vſuris: & quid iuris in hypotheca tacita, an & hæc quoque pro vſuris teneatur tàm ex cauſa contractus, quàm legati v. eundem latè & ſatis bene *n.11.vſq; ad 23.* in huiuſmodi enim rebus, quæ ex ingenio in partem vtramque agitari poſſunt, & quæ dependent à diſpoſitione juris ciuilis, tutiſſime ſequimur com-
10 munes & receptas Interpp. opiniones. Iam vt aliquid præterea ad materiam iſtam retentionis pro colophone adijciamus, colligitur ex hactenus dictis, retentioni eſſe ex duplici fere cauſa locum 1. vbi in ipſa pignoris conſtitutione aliquid deficit, & hoc vel in re, vel in perſona, & ſpecialis aliqua æquitatis ratio facit pro creditore, cuius rei exempla in *pr.cap.* propoſuimus: vbi nec in perſona, nec in re vitium vllum eſt, ſed in eam pecuniam obligatum aut datum pignus eſt, cuius noſtro jure perſecutio non eſt, veluti in vſuras nudo pacto promiſſas: & tamen vtique vt diximus obligatum pignus eſt, vbi vtrumque deficit, nec retentio quidem rei pignoratæ locum habere poteſt. Ex quo pendet deciſio *l.ſi non 5. C. in quib.cauſ.pign.tac.* vbi locatori negatur jus retinendi ob penſionem debitam, mancipia, debitoris, quæ nec illata aut inducta in fundum, nec ſpecialiter obligata fuerint: opponitur enim ſpeciale pignus mancipiorum, pignori invectorum inductorum, quod vt ſupra diximus, ſapit pignoris generalis naturam: Et enim in *pr.d.L.5.verba quæ pignoris cauſa teneri placuerat* non ad mancipia referenda ſunt, ſed ad verba, *inducta & illata* de quibus an obligata eſſent pignori quærebatur, & quod ſi factum fuiſſet, jam ſub eo pignore mancipia quoque inducta, citra ſpecialem conuentionem obligata fuiſſent. Ex quo loco obiter notandum eſt, non quamuis cauſam res debitoris retineri poſſe: cum Imp. diſertè ibi jubeat reſtitui mancipia cõductori debitori, & locatorem ad ordinarium jus & ordinariam actionem Locati remittat: de qua re an & quando res debitoris poſſit pro debito retineri v. tractantis & diſtinguentis *Neguz. de pign. p. 5. memb.4. Interpp. in d.l.5.C.In quib.cauſ.pign.tac. & frequentius in l. vltim. C. commod.* vbi etiam notant cauſam retentionis ex *l. vn. C. & ob.chir. pec.*

de quo

Digitized by Google

de quo ſupra hoc cap. ſatis multa: Dubia autem apud me eſt extenſio Bartoli, quam refert & probat *Neguzant. p. 2. memb. 4. num.* 129. quod inuecta & illata pro alio debito retineri poſſit: Nam quod de pignore conuentionali expreſſo & iuro diſpoſitum eſt, non temerè debet trahi ad pignus tacitum & mixtum cum præſertim conſtitutio *d. l. vn.* videatur eſſe noua: & præterea inuectorum & illatorum pignus, magis imò reuera hypotheca, & eorum poſſeſſio non creditoris ſed debitoris ſit, vt paulò poſt dicemus.

CAPVT VI.

De fundamento retentionis an ſit nuda detentio an vera poſſeſſio.

1. *Creditor verè, naturaliter & ciuiliter poßidet.*
2. *An locator poßideat inuecta & illata?*

FUndamentum retentionis ambiguè dicitur: propriè enim poſſit fundamentum dici ipſum jus quod creditor habet, ex cauſis *capit. præced.* expreſſis: Sed nos hîc aliter accipimus: prorſus cauſæ illæ non ſufficerent, niſi res eſſet penes creditorem: & vt *cap. præc.* notauimus. Si creditor amiſerit poſſeſſionem, vanum eſt illud remedium. Ergo non immeritò hoc pro fundamento ſtatuitur, quod creditor rem penes ſe habet. Et porrò quæritur, quomodo rem penes ſe habeat, an nudè eam detineat, an & poſſideat? Quæ diſputatio, vt hoc moneamus non tantum pertinet ad tractationem *cap. præced.* ſed magis (etenim vt rem retinere quis poſſit, ſi modo juſtam eius rei cauſam habet, ſufficit & nuda detentio) ad effectus qui in agendi jure ſpectantur. Sed quoniam hîc de detentione pignoris tractamus, viſum fuit hanc quæſtionem ſubiungere, ſecurus an quis magis ad agendi jus eam pertinere exiſtimet. Porro poſſit quis forte credere, intereſſe hic inter pignus traditum ex conuentione, & inter rem hypothecæ obligatam, quam poſtea creditor hypothecaria actione conſecutus fuerit. Verum niſi contrarium euidenter oſtendatur: quod puto, nemo præſtabit, eandem hac in re ſtatim rationem rei ab initio traditæ, & poſtea per actionem hypoth. tradente ſiue debitore ſiue quocunque alio poſſeſſore apprehenſæ. Plerique creditori tantum naturalem poſſeſſionem tribuunt, multi tantum detentionem, qualis

 eſt

Digitized by Google

eſt apud commodatarium, depoſitarium, inquilinum, &c. Ego cum & naturaliter & ciuiliter poſſidere contendo: quod demonſtrabo paucis: nam plenior tractatio eius rei ad materiam poſſeſſionis pertinet. Argumenta pro poſſeſſione creditoris carptim & ſuccinctè hæc damus. Creditor dicitur poſſeſſor rei pignoratæ, *l. vir.* 17. §. 1. *ad Vell. junct. l. ſi debitor.* 10. *de pignor.* quinimo bonæ fidei poſſeſſor, *l. ſi pignore.* 22. §. *ſi præd.* 2. *de pign. act.* (licet non eo ſenſu quo in materia vſucapionis) debitor rem poſſidere *l.* 1. §. *per ſeruum cor.* 15. *de adq. poſſeſſ.* dicitur poſſeſſio apud eum eſſe, *l. per ſeruum.* 37. *in pr. de adquir. rer. dom.* dicitur poſſeſſionem retinere *l. ſi de eo.* 40. *de adquir. poſſ.* quin eius poſſeſſio juſta perhibetur *l. quacunq;.* 13. §. 1. *de publician act. l. ſi ſeruus.* 22. §. 1. *de noxal. act.* pignoratitia contraria ad poſſeſſionem agit ſibi reſtituendam, *dict. l.* 22. §. 3. *de pign. act.* Et furti actio datur creditori nec tantum ob ſimplex intereſſe, ſed & propter interuerſam poſſeſſionem eoque & contra debitorem ipſum §. *aliquando.* 10. §. *vnde.* 14. *Inſtit. de obligat. ex delict. l.* 22. *in pr. de pignor. act.* Porrò effectus arguit ſuam cauſam, & eum poſſidere neceſſe eſt, qui amiſſa poſſeſſione contra quoscunq; poſſeſſores, actionem hypothecariam, & præterea habet interdicta poſſeſſoria: cui non obſtat *l.* 3. §. *creditores.* 8. *vbi poſſid.* quia ſpeciale eſt in pignore prætorio, & miſſus in poſſeſſionem ex primo decreto non poſſidet, ſed tantum cuſtodiam habet. Bene facit *l.* 9. §. 2. *de pignor. act.* quam de vera poſſeſſione loqui, quam in creditorem ait tranſire, argumento eſt, quod eodem modo poſſeſſio in depoſitarium negatur tranſire *l. licet.* 17. §. 1. *depoſiti.* Argumentum omni exceptione maius eſt, quod debitor qui rem pignori tradidit eam precario rogat & conducit à creditore: in quam rem ſunt textus in *l. ſi pignore.* 22. §. 3. *l. ſi rem.* 29. *l. cum &.* 35. *in fin. l. ſi pignus.* 37. *de pign. act. l. qui pignoris.* 36. *cum l. ſeq. de adq. poſſ. l.* 6. §. *vlt. de precar. l. non ſolum.* 33. § *vlt. de vſucapion. l. ſecundum.* 15. §. 2. *Qui ſatisd. cogant.* Atquin qui conducit, hoc ipſo poſſeſſionem, quam etiam habet, amittit, alieno nomine poſſidere incipit, eoq; non poſſidet, nec quisquam, niſi qui poſſidet, rem precario concedere poteſt, juxta textus in *l. quod meo.* 18. *& l. ſeq. in pr. de adquir. poſſ. l. quædam.* 77 *de rer vind.* Neque minus euidens argum. pro poſſeſſione creditoris præbent textus in *l.* 1. §. *per ſeruum corp. de adq. poſſ. junct. l. ſerui.* 16. *de vſucap.* quibus dicitur, creditorem poſſidere ad omnes cauſas, excepta vſucapione, ad quam poſſideat, vel potius poſſidere videatur debi-

debitor *d. l. 1. §. 15. in fine.* quoniam per traditionem pignoris cauſa interrumpi vſucapionem iniquum videbatur: adeoque hinc explicandum eſt, quod dicitur in *l. pignori. 13. in pr. de vſucapion.* non vſucapere creditorem, quoniam poſſideat nomine alieno, & quaſi nomine debitoris, quoad effectum ſcilicet vſucapiendi: quod ipſum tamen fallit, ſi creditor vero domino rei ſuccedat, aut debitor precario nomine rogauerit poſſeſſionem à creditore: quandoquidem poſtquam creditor non amplius quo ad hoc poſſidet nomine debitoris, ſolus titulus precarij ad vſucapionem inhabilis manet in debitore & interrumpitur vſucapio, qui eſt caſus *l. ſi rem. 29. de pignor. act.* & propterea referente *Neguzantio p. 3. membr. 1. num.* 34. debitoris poſſeſſionem, quoad vſucapiendi effectum Interpretes fictam appellant, vbi monemus obiter, quod creditor ad omnes cauſas excepta vſucapione poſſidere dicitur, cum mica ſalis eſſe accipiendum: Etenim creditor qnoad effectum, vt ab onere ſatisdationis liberetur, pro poſſeſſore non habetur: ratione ſpeciali, quoniam creditoris res non eſt, vt in eam executio fieri poſſit: *textus eſt in l. ſciendum. 15. Qui ſatisd. cog. §. 2.* Neque hîc ſimplex poſſeſſio ſufficit: ſed nec actio noxalis, ex propria cauſa, contra creditorem datur *l. 22. §. 1. de noxalibus action.* Ex quo fit vt dum poſſeſſio conſideratur vt plena & omnibus ſuis effectibus, præſertim vſucapionis inſtructa, quoniam hi penes creditorem non reperiuntur, aliquando minus honorificè textus videantur loqui de poſſeſſione creditoris, *vt in l. 3. §. vlt. ad exhib. junct. l. gent. 88. de adq. hered. l. debitor. 40. §. vlt. de pign. act.* quamuis ibi corporalis poſſeſſio non videatur ſignificare poſſeſſionem minus veram, ſed quæ actualiter ſit in creditorem transferenda. Et ab hac ſententia, quod creditor verè pignus poſſideat, nec Dd. noſtri ſunt alieni. Ita enim ex gl. & Bartoli ſententia *Ioſon in l. 1. §. per ſeruum corporaliter. 15. de adquir. poſſeſſ. num. 5.* ſcribit, quod creditor poſſideat naturaliter & ciuiliter, quod & diſertè tradit *Salicet. in l. 1. de pignor. act. num. 3.* ſed prauo judicio Jaſon & inconſideratè euertit ipſe hanc ſententiam, dum obiicit quod ciuilis poſſeſſionis definitio non competat poſſeſſioni creditoris: & reſpondet, quod creditor poſſideat naturaliter & ciuiliter ad vtilitatem debitoris, vt eius vſucapio impleatur: neque animaduertit definitionem poſſeſſionis ciuilis, quatenus illi inſeritur

Digitized by Google

effectus vſucapiendi, quam plerique tradunt, eſſe vitioſam: quod oſtendimus accuratè ad *Treutl. de adq. poſſeſſ.* Sed hæc de iſta quæſtione ſufficiant.

2 Dicimus quod creditor poſſideat rem ſibi traditam, vel quam actione hypothecaria victor, ſibi à poſſeſſore reſtitutam accepit. Quæritur in ſpecie, quid juris in inuectis & illatis, an ea creditori locatori cenſeantur tradita, & omnino an ea poſſideat, Azo adfirmauit: Petrus diſtinxit inter prædium ruſticum & vrbanum: & in hoc demum illata, poſſideri à locatore cenſuit, cuius opinionem probat *Cynus in l. certi. §. locati.* vbi pro ea adſerenda his vtitur rationibus. 1. quod illata dicantur eſſe pignori, pignoris autem poſſeſſio tranſeat in creditorem. 2. *ex l. 1. §. pen. de adq. poſſeſſ.* quæ probat non requiri actualem apprehenſionem rei & corporis ad hoc, vt poſſeſſio adquiratur. 3. adducit textum *l. ſi ego. 9. §. ceterum. 3. vers. planè. de jur. dot.* vbi JCtus ait, nihil intereſſe an res marito tradantur, an in domum eius inferantur eo volente: cenſentur autem volente locatore induci, quæ ex præſumpta & tacita conuentione obligantur. 4. adducit *l. ſolutum. 11. §. ſolutam. de pign. act.* vbi conductori qui res intulit, datur pignoratitia actio; cui locus non eſt, niſi vbi poſſeſſio eſt penes creditorē. Verum non deeſt, quod reſpondeatur ad has rationes. Et prima quidem propter latam vſurpationem pignoris nullius eſt momenti. Nec ſecunda melior, quia illis ſubtilibus adquirendæ poſſeſſionis rationibus quæ in *d. l. 1. §. pen.* & alibi quoque proponuntur, nihil his eſt ſimile: quoniā & tacita iſta & in nullam rem certam directa conuentio eſt, & vt rectè *Salic. in d. l. 5. C. locati.* non poteſt locator poſſidere videri rem, quam nec oculis quidem vſurpauit, nec attigit, & qualis ſit, ignorat: & cum (ait idem porrò Salic.) ex ſententia Petri & Cyni, Locator prædij ruſtici non conſequatur poſſeſſionem inductorum, quæ ei pignori tenentur, & quidem concurrente eius ſcientia, vt Interpretes communiter ſtatuunt, multo minus locator ædium poſſeſſionem illarum rerum habebit, quæ ipſi ignoranti obligantur. Quod tertiam obiectionem attinet, non vna occurrit ratio differentiæ: tum quod vxor in ijsdem cum marito habitat ædib⁹, quod in conductore rarius eſt: tum magis quod vxor res à ſe illatas non habet ſeparatas à rebus mariti: quod ſecus eſt in conductore: tum præcipuè quod vxor ita res ſuas infert in ædes, vt cuſtodiæ & fidei mariti eas committat, vt ex ipſo obiecto loco apparet. Denique ad 4. dico, tum quod ibi proponitur ſpecies conducti cœnaculi

Digitized by Google

naculi vnius, & ibi conductor primus reliquam partem ædium poſſidet, quo caſu facilius eſt, vt videatur poſſidere res inductas: tum etiam dicam cum Saliceto habiles terminos eſſe ponendos, vt locus quæſtioni de pignoratitia actione dari poſſit, nimirum quod locator mercedem non ſoluente locatore poſſeſſionem inductorum apprehenderit, & vt loquitur JCtus *in l. pen. In quib. cauſ. pign. tac.* penſionis nomine ea præcluſerit: ex quo procul dubio res eas incipit poſſidere. Itaque negandum erit, quod Locator res inductas poſſideat: Sed vt tamen fateamur, cum præcipuum aliquod jus habere præ alijs creditoribus, quibus res ſimpliciter eſt obligata hypothecæ: & quod poſſit hypothecatis tacitè rebus manum inijcere quaſi propria autoritate, nec neceſſum habeat mouere actionem hypoth ecariam: Cum enim ipſe lolocatas ædes poſſideat, vbi conductor non ſoluit penſionem, videtur quaſi jure ſuo, ne res efferantur, poſſe prohibere, quæ per inductiōem ob mercedem ipſi hypothecæ ſunt obligatæ: in qua inhibitione iſta præcluſio videtur eſſe poſita, de qua in *d. l. pen. de tac. hyp.* Et licet reuera igitur locator non poſſideat inducta, prope tamen eſt, vt eas poſſidere videatur, quas juxta *d. l. pen.* præcludendi & quaſi includendi habet facultatem. Quod autem locator res inductas non verè poſſideat, his rationibus conatur efficere Salicetus 1. quod cum locator fundi non poſſideat res inuectas, nec eas poſſideat locator ædium, cum inter vtrumq; non poſſit dari idonea ratio differentiæ: nec enim quidquam ad rem facit, quod de clauſuris ædium adferunt, Pet. & Cynus: nam & caſulæ & tuguria ruſticorum, in quas res inferunt, habent clauſuras ſuas, illud enim ineptum ſit, ſi quis muros ciuitatis aliquid ad rē pertinere exiſtimauerit, cum præſertim & ædificia extra muros poſita, ſint prædia vrbana. At enim ſi ſentias cum Azone, hoc argum. eſt nullum. Deinde in *l. 1. Cod. Locati.* ita arguit Salic. quod dominus horrei conducti, ſi conductori claues tradiderit, non teneatur de culpa, ad quam vti que teneretur, ſi poſſideret. Veruntamen dubitari poſſit, an depoſita in horreum, cui fini deſtinatur horreum, æque ſint obligata domino horrei, ac quæ in ædes inuehuntur: aut ſi ſunt obligata, *argum. leg. l. 3. de tac. hyp.* ſicut traditio clauium eſt transferendæ poſſeſſionis modus, ita vbi traditæ ſunt claues conductori, poſſit quaſi videri conductor, horrei poſſeſſionem à ſe abdicatum in conductorem tranſtuliſſe. Aliam rationem ſumit Salicet. *ex l. 1. de Saluiano interd.* quod interdictum iſtud, quod eſt adipiſcendæ poſſeſſionis vtique vtile

detur locatori & pro rebus inuectis ſit neceſſarium. Sed & hîc meo judicio reſponderi poſſit, non dari pro rebus quæ adhuc ibi ſunt, quo illatæ fuerunt, ſed quæ ex illis rebus alienatæ, & aliò peruenerunt. Apparet planè *ex l. 1. de interd. Salu.* quod & contra ipſum colonum detur, ſed vt non neceſſe ſit à colono rem inductam, ſed quomodocunque oppignoratam. Quartam denique rationem ſumit Salicet. *ex d. l. pen. In quib. cauſ. pign. tac.* ex qua ſerui inducti in ædes poſſunt manumitti, niſi ſint nomine penſionis præcluſi. Et ergo præcluſio illa demum tribuit locatori poſſeſſionem. Quamuis & hîc poſſit dici, tum quod ſpeciali fauore libertatis, ſerui ante præcluſionem poſſint manumitti, (ſicut generaliter obligati poſſunt manumitti) vt proinde hinc non rectè inferri videatur, à domino ædium eos nullo modo poſſideri: tum quod mancipia vtpote ſeipſos mouentia ante præcluſionem ſint in laxiori poteſtate conductoris domini *argum. l. ſeruum. 27. de pignor.* Quod Cynus autem reſpondet, quod ante erat fictum, per præcluſionem vel incluſionem effici verum & fortificari, ipſum arguit & efficit, antea poſſeſſionem rerum inductarum apud locatorem non eſſe.

Cap. VII.

De altero effectu, & jure agendi.

1. *Varia remedia quæ competunt creditori.*
2. *Imploratio ſuper cautione de damno infecto ad l. 11. de damn. inf.*
3. *Vindicatio ſeruitutis.*
4. *Prouocatio ad diuiſionem.*
5. *Actio finium regund.*

Diximus de jure excipiendi & retinendi. Sequitur de jure agendi, quod competit creditori: Qui effectus vnius & multiplex eſt. Poteſt ita diſtingui, quod quædam actiones vnà cum ipſa conſtitutione pignoris & ex ipſa pignoris obligatione directò naſcantur & oriantur: aliæ jus conſtitutum conſequantur, & vel ex accidenti aut ex poſt facto exiſtant: & quædam rurſus jure quodammodo proprio, quædam jure magis & nomine debitoris exerceantur. Quam varietatem eiusque cauſas ſequentia oſtendent. Et rurſus quod actiones

nes aliæ ſint perſonales, aliæ reales, aliæ mixtæ: aliæ petitoriæ, a-
liæ poſſeſſoriæ: aliæ ex facto debitoris vel alterius: aliæ ex contra-
ctu aliæ ex debito: aliæ criminales, aliæ ciuiles: aliæ actiones
proprè dictæ, aliæ perſecutiones extraordinariæ & implorationes
officij iudicis, quin & extra iudicialia remedia. Quæ vniuerſa &
ſingula non poſſunt æqualiter dici effectus pignoris, ſed quoniam
ſaltem occaſione pignoris oriuntur, non fuerunt prætermittenda.
Ceterum in magna diuerſitate pignoris, quæ ex diuiſionibus libri
1. apparet, illud cuiuis conſtare poteſt, non omnia & ſingula in
quauis ſpecie pignoris æqualiter locum habere poſſe, ſed di-
uerſa remedia & actiones ſubiectis proprijs applicanda eſſe. Re-
feremus hîc breuiter actiones quaſdam, quas iure pignoris con-
ſtituto, non tam ſuo quam quaſi rem agens debitoris, & tamen
per conſequentiam in vtilitatem quoque ſuam creditor exercet, &
quidem non quiuis creditor, ſed qui rem pignoratam habet &
poſſidet: Et quæ etiam non ſunt propriæ creditorum ex cauſa pi-
gnoris, ſed etiam ex alijs cauſis competunt: ita vt proprium locum
illa tractatio habeat, ad quem etiam quæſtio de creditoribus, illis
actionibus vtentibus, magis pertinet: itaque paucis attingemus. Cre-
ditor nimirum poſſidens poteſt petere vt ſibi caueatur de damno in- 2
fecto *l. quid de creditore.* 11. *de damn. infect.* vbi Vlpian. in fin. corrigit o-
pinionem Marcelli, qui negauerat, creditori committi ſtipulatio-
nem. Ant. Fab. quidem 2. *coniect.* 17. putat, verba finalia, *creditori per*
ſtipulationem, ab interprete eſſe adiecta: & quod Vlp. ait, æquiſſimum
eſſe vt huic ſuccuratur, referendum eſſe potius ad eum qui bona fi-
de emit, de quo etiam proximè locutus erat: cum vtique æquius ſit
ſuccurri bonæ fidei emptori quam creditori. Sed more ſuo nu-
gatur Faber, & impudenter, dum textus corrumpit, iura noſtra
temerat & ſpurcat. Enimuerò contra, cum Vlpianus in *leg. qui*
bona fide. 13. §. *Sed ei.* 9. *de damn. infect.* eandem Marcelli opini-
onem de bonæ fidei emptore ſimpliciter referat, nec ei quid-
quam obijciat, tanto magis veroſimile eſt, quod clauſula cor-
rectoria in *dict. leg.* 11. magis pertineat ad creditorem, & vel ideo
particula HVIC refertur ad creditorem, quia de hoc principali-
ter agitur in *dict. leg.* 11. quæſtio hæc, inquit Vlpian. eſt in con-
trario latere agitata, an creditori pignoratitio cauendum ſit:
poſt

poſt obiter iniicit mentionem bonæ fidei emtoris. Prorſus deciſioni Marcelii, quod bonæ fidei emptori non caueatur, tunc locus eſſe videtur, vbi vicinus à quo cautio petitur, venditorem dominum non fuiſſe probauit: in cuiusmodi terminis potior eſt creditor, qui præſertim quaſi nomine debitoris eam cautionem poſtulare videtur: cum & præterea nomine proprio vt pignus ſaluum ſit, eius interſit: quod intereſſe certum eſt, non itidem bonę fidei emtoris, cui ante impletam vſucapionem res à domino auferri poteſt. Et commentitium eſt, quod Ant. Fab. ſcribit, hoc ſolum remedium competere creditori, vt debitori denuntiet, ædes vicinas minari ruinam: Etenim vt hoc facere poſſit, ita propterea, vt ipſe petat cautionem, minimè ei negari poteſt. Et hæc de petitione cautionis damni infecti, quæ fit per implorationē
3 officij nobilis, vt Dd. loquuntur. Ad hanc claſſem etiam pertinet, vtilis vindicatio ſeruitutis prædio pignorato debitæ, quam habet cre-
4 ditor, *l. creditori. 9. de nou. op. nunt. l. ei qui. 16, de ſeruitu.* Huc etiam referri poteſt, quod creditor ad diuiſionem prouocare & actionem comm. diuid. mouere poteſt: tum contra alium creditorem ſiue eiusdem debitoris, ſiue diuerſorum: tum contra dominum partis alterius, vt docent *l. communi. 7. § ſi duo. 6. & § Inter eos. 12. cum. § ſeq. comm. diuid.*
5 *l. 2. C. eod.* de quo prolixè *Neguz. p. 2. membr. 3. n. 38. & ſeqq.* Habet itidem creditor actionem finium regund. *l. ſed &. 4. § finium. 9. Fin. regund.* Sed forte tamen ea, quatenus ea ex delicto ob fines motas mala fide naſci & deſcendere videtur.

Capvt VIII.

De actionibus ex delicto quæ competunt creditori.

1. *Iudicium ſtellionatus.*
2. *Ad l. 21. ad L. Cor. de falſ.*
3. *Actio L. Aquiliæ.*
4. *Actio doli mali.*
5. *Actio furti.*
6. *Condictio furtiua.*
7. *An pignus quod ſubripuit ipſe debitor, poſſit vſucapi?*
8. *Actio quod metus.*

COmpetũt ex delicto vel ab ipſo debitore, vel ab alio in re pignorata

rata aut circa eam admiſſo variæ actiones. Et primò in ipſa pignoratione committit debitor crimen ſtellionatus, ſi ſciens creditori rem alienam aut alteri obligatam, pignori dederit: item ſi rem aliam, v. c. æs pro auro ſubiecerit *l.1.in fi.l.tutor.16.§.1.l.ſi quis 36.in pr.& §.1. de pign. act.* Licet enim pignoratitia contraria quoq; competat, tamen & dolus, propter quem creditor fine ſuo excideret, coercendus eſt. Scientem debitorem id feciſſe oportet, aliàs non contrahitur id crimen, *d.l. 36.* Eoque pertinet quod ſcriptum eſt in *l.& quæ 15.§.2.de pignorib.* Quin & humanitatis ratio ſuaſit, vt tum quoque excuſetur ab hoc crimine debitor, qui rem alteri obligatam pignori dedit, ſi res tam ſit pretioſa, vt facile in debitum vtrumque ſufficere poſſit *d.l.36.in f.* quia tunc dolus, ſi quis forte ſubſit, caret effectū, cum creditori ſatis ſit cautum. At enim videtur, quod debitor hoc caſu non ſtellionatus, ſed falſi crimine teneatur per *l. qui duobus 21. Ad L. Corn. de falſiſ.* Equidem JCtus ibi loquitur de re duobus vendita, & inter venditionem & pignus quidā hanc reddunt differentiæ rationem, quod res nullo modo in ſolidum duobus vendi & adquiri poteſt: at, vt ſupra probauimus, duobus in ſolidum obligari, & ex vno pignore duobus in ſolidum ſatisfieri poteſt, juxta quæ etiam diſputat *Salicet.in d.l.36.§.1.de pign.act.* Neq; neceſſum eſt, vt *Paulum 2.ſent.25.§. Qui rationes*; de ære pro auro pignoris cauſa ſubiecto, accipiamus. Vt non parum mirer, quod Cuiacius ad eū locum Pauli notat, id Paulum ſumpſiſſe ex quadam conſtitutione, quæ poſtea edita fuerit, aut quam Vlpianus in *d.l. 1. de pign. act.* ignorauerit, cum Paulum & Vlpianum coætaneos fuiſſe conſtet. Et admiſſo tamen eo, quod Paulus loquatur & de pignore, non valde mouet, quod crimen ſtellionatus ſit ſubſidiarium: nam idem & generale eſt: neque ſequitur: vbi titulus criminis deficit, ibi opus eſt judicio ſtellionatus *l.3.§.1.de crim.ſtell.* Ergo vbi alius titulus eſt, judicio ſtellionatus numquam agi poteſt: Si quis forte mitius velit agere: & procul dubio mitior eſt pœna ſtellionatus, quam falſi, quod publico judicio coercitur: vt nihil prohibeat, quo minus judicium falſi & ſtellionatus electiue concurrat. Sed vt dixi, nihil neceſſum eſt, vt Paulum ita accipiamus. Et cum ſola diſſimulatio debitoris ita coerceatur, durum ſit, irrogare pœnam falſi: ex quo remouetur obiectio *ex l.ſi & debitore 28. Ad L. Corn. de falſ.* vbi creditor mentitus proponitur. Atque ita, in illa quoque quæſtione, & an quis dixerit rem eſſe liberam & nulli obligatam, an ſaltem tacuerit & diſſimulauerit, vt ille demum, non hic, falſi

crimine teneatur, diſtinguunt *Bart. in d. l. 21. de falſis. & alii quos refert & ſequitur Neguz. part. 3. memb. 1. n. 21.* quamuis *Bart. in l. ſi quis 36. §. 1. de pign. act.* hanc reddat rationem, quod hoc ita fuerit expreſſum in capp. *Legis Corneliæ de falſis*: forte, vt ipſe ait, propter frequentiam contractus.
3 Hæc de crimine ſtellionatus. Habet præterea creditor actionem ciuilem ob damnum datum ex L. Aquilia, quæ eſt quodammodo irregularis, vtique vtilis actio, contra debitorem ipſum competens, quæ &
4 vocatur quaſi damni iniuriæ actio *in l. ſeruum 27. de pignor.* Mentio fit etiam in *l. 36. in fin. de pignorat. act.* doli actionis, quo caſu quis rem alienam aut obligatam oppignorauit: quod videtur pugnare cum regula *l. 1. de dolo*: cum enim locus pignoratitiæ actioni ſit, non erit locus actioni doli. Vix occurrit aliud, niſi quod reſpondent *gl. & alii*, id accipiendum de caſu quo alius quis pro alio rem alienam oppignorauit, qui teneatur actione de dolo, non ipſe debitor. Sed & alium caſum adfert ex *Dd. p. 6. memb. 1. n. 27. Neguz.* ſi creditor hypothecam in ſpecie dictam forte vendiderit & dolo egerit, quo caſu ceſſat actio pignoratitia contraria. Dixerim & forte per regulam *d. l. 1. de dolo malo.* doli actionem excludi per actiones ex contractu, cum quibus non concurrat: ſecus eſſe in actionibus ex delicto, cum quibus actionem doli concurrere tentari poſſit: & iſtud verò de quo agitur in *d. l. 36. de*
5 *pign. act.* incidit in ſtellionatus crimen. Denique competit creditori actio furti, tum contra extraneum, tùm contra ipſum debitorem: ita tamen vt non eodem modo æſtimatio fiat contra vtrumque, ſed contra illum dupletur quanti res ipſa eſt: contra hunc quantum debetur, quoniam non plus cenſetur intereſſe creditoris. *l. creditori 87. de furtis.* Vbi & alia occurrit differentia, quod quidquid conſequitur actione furti creditor, quam mouet contra tertium, in debitum imputet, de quo dicemus *lib. vlt.* inter præſtationes actionis pignoratitiæ, ſed quod exigit ab ipſo debitore, non imputat nec reſtituit *l. ſi pignore 22. de pign. action.* Conſtat non ſolum dominum habere actionem furti, ſed etiam conductorem, commodatarium & alios quorum intereſt, rem non eſſe ſubreptam, quia domino ob culpam (quoniam vt plurimum res nõ rectè cuſtoditæ ſubripiuntur) tenentur *§. furti 13. & ſeq. Inſt. de obl. ex dol.* itaquè ſi non fuerit ſoluendo conductor, ipſe dominus agit *§. Item ſi 15. Inſt. d. t.* ſed creditor ex alia præterea cauſa habet hanc actionem, quoniam potius pignori incumbere ipſius intereſt *§. vnde 14. Inſt. d. t. iunct. l. eum qui 14. §. Idem 6. verſ. hæc ita de furt.* itaq; & contra ipſum debitorem agit

agit propter interuerſam ſibi poſſeſſiônem *dd. textibus & l. ſi pignore 22. in pr. de furt.* Illud ſingulare eſt, quod & ſupra notauimus *cap.* 1. huius libri, committi à debitore etiam furtum, ſi rem hypothecæ obligatam ſpecialiter inconſulto creditore diſtraxerit *l. ſi quis 66. in pr. de furt. l. in actione 19. §. vlt. eod.* fortè quia creditur rem creditori voluiſſe interuertere, & intereſt creditoris rem penes ipſum debitorem manere, contra quem habet perſecutionem faciliorem: & ſanè res mobilis cuius ſolius fit furtum, corrumpi facile & interuerti poteſt. Atque huc referendi caſus quidam ſingulares, quibus debitor committere furtum dicitur, *ex l. ſi quis 36. in fin. de pign. act.* & *ex l. 3. eod. tit.* vbi debitor rem, quam creditor tamquam pecuniam recepturus reſtituerat, fraudandi cauſa clam per feneſtram dimiſerat, rem, inquam, pignoratam, quam receperat, non pecuniam, vt omnino malè ibi annotauit Gothofred. Porrò quia creditori actio furti datur, ideo & eius præparatoria ad exhibendam ipſi conceditur *l. 3. de pign: act. iunct. l. de eo. 12. §. ſæpius ad exhib.* Connexa quæſtio eſt de condictione furtiua, an & hæc credi- 6
tori competat, & competere non tantum contra extraneum ſed etiam contra ipſum debitorem, probat *d. l. ſi pignore 22. de pign. act. in pr.* vbi cum quærat JCtus an imputet creditor in debitum quod hac actione contra debitorem mota eſt conſecutus, ſatis præſupponit, ei locum eſſe. Equidem ſimpliciter ibi condictio appellatur, ſed cum propter furtum competat, veriſimile eſt, intelligi furtiuam, non quidem directam quæ ſoli domino datur, ſed ſaltem vtilẽ, & amplius non condictionẽ certi, quæ itidem competit domino ſoli, ſed incerti, qua condicatur poſſeſſio: quomodo diſtinguit *Cuiac. in l. 5. rer. amotar. lib. 11. quæſt. Papin.* de qua licet præter Doctorũ mentem, rectè accipitur *l. 12. in fin. de cond. furt.* quam ſententiam contra nugas Fabri aſſeruimus in *Tract. de action. diſp. 4. th. 23. & in noſtris exercit ad Fabrum decade 81. cap. 4. & ſeqq.* Hæc enim non ſunt iſtius loci, ſicut nec illud, an res quã debitor 7
ſubripuit, vſucapi poſſit, qua in re videntur inter ſe pugnare textus *in l. 4. §. ſi rem 21. de vſucap. & l. 6. C. pro empt.* Saltem obiter addo reſponſum JCti *in d. l. 4. §. 21.* videri conſiſtere in nimia quadã & pene febriculoſa ſubtilitate juris, quod nimirũ cum debitor ipſe ſit dominus, eodẽ puncto, & quaſi momento, videatur res & furtiua facta, & vitiũ purgatum quia qui ſurripit, dominus eſt. Ex quo videtur Cuiacij diſtinctio probari inter pignus & hypothecã: Sed ſanè cũ ipſe debitor vere furtũ, & vt res ſit furtiua, faciat, parũ conueniens videtur, vt vitiũ hinc purgatur, ꝙ in ipſius poteſtatẽ peruenit: quæ ratio videtur *Pauli in l. vlt. de vſucap.*

qui propterea vult, vt pro purgando vitio res redeat in poteſtatem creditoris: quamuis dici poteſt, vtcunque vitium hoc modo purgari cenſeat Paulus, non tamen ob id negare, quin & citra hoc pro purgato haberi poſſit. Sed hæc plenius tractantur in materia vſucapionum.

8 Denique competit creditori etiam actio quod metus cauſa, ſi pignus tradere aut reſtituere etiam ab ipſo debitore fuerit coactus, quo caſu & contra ipſum debitorem agit *d. l. 22. §. 1. de pign. act.*

Capvt IX.

De actione pignoratitia contraria.

1. *Actio pignorat. contraria.*
2. *An ei ſit locus, licet ipſe debitor rem non tradiderit?*
3. *An ſit ei locus licet creditor non poßideat?*
4. *Actio pign. contr. propter impenſas.*
5. *Ob hoc quod res aliena vel obligata, pignori data eſt.*
6. *Actio pign. contraria, ob damnum acceptum.*
7. *Tractatio generalior, ſi quid ex re accepta alter damni ſenſerit.*
8. *Ad l. ſi ſeruus 31. de pign. act.*
9. *Aliæ cauſæ ob quas datur actio pign. contraria.*

EX conſtitutione pignoris naſcitur duplex actio ſiue juris remediũ creditori reale, de quo poſtea dicemus, & perſonale. Hoc eſt, actio pignoratitia contraria: naſcuntur iſtæ actiones non æqualiter. Nam realis quidem competit pro quocunque pignore etiam quod per traditionem conſtitutum eſt, ſi poſtea fuerit amiſſa poſſeſſio. Sed perſonalis non videtur naſci niſi ex contractu reali §. *vlt. Inſtit. Quib. mod. re contr.* qua de cauſa *Tract. de pignorat. actione*, in Digeſtis & Codice, *à tractatione de pignoribus* omnino eſt ſeparatus.
1 Nota hac in re eſt differentia contractuum: quod ſimul vtrinque ex quibuſdam mutuæ obligationes exiſtunt: & hinc vtrimque etiam actiones directæ: ex quorundam cauſa alter ab initio fere tantum, vtique principaliter, alter ex poſt facto videtur obligari, ex quibus contrariæ & directæ actiones: quoniam propter aliquid poſtea exſiſtens & ſuperueniens, veluti, impenſas, damna, alterum viciſſim & contra obligari æquum eſt.

eſt. Et talis eſt contractus pignoratitius, ex quo primariò creditor obligatur, vt ſoluta obligatione reſtituat pignus, qui tenetur pignoratitia directa, de qua *inf. lib.* 5. dicemus : ſed ex aduerſo ob certas cauſas obligatur & debitor, & tenetur actione pignoratitia contraria. Dixi 2
hanc actionem naſci ex contractu pignoris reali. Et quid igitur juris ſi poſſeſſionem rei obligatæ tantum per actionem ſeruianam, creditor ſit conſecutus, & v. c. in eam impenſas fecerit, an non poterit huic actioni eſſe locus? Equidem videtur deficere cauſa huius actionis, vbi citra factum debitoris ad creditorem res peruenit. Et tamen eadem rationis identitas videtur ſuadere contrarium: Cum non appareat alia actio, qua contra debitorem in his terminis ſuccurratur creditori: & probabimus *infr. lib. vlt. De ſolut. pign.* quod competat etiam pro hypotheca, cuius poſſeſſionem conſecutus eſt creditor, debitori actio directa. Et quid ni igitur & locus ſit contrariæ? Et facit, quod non ſemel ſup. attigimus, quod poſſeſſione apprehenſa, hypotheca naturam pignoris induat. Itaque ſicut pignus ex voluntate tacita debitoris vendi dicimus §. 2. *Inſtit. quib. alien. lic.* ita non minus rectè dicemus, quod juxta naturam pignoris videatur rei obligatio poſſeſſio ad creditorem perueniſſe voluntate debitoris : vt ſi forte non directæ (aliter jam vſurpo hoc verbum) ſaltem vtili queat actioni eſſe locus. Quin Do- 3
ctores noſtri, amplius volunt, licet numquam fuerit res tradita, nec poſſeſſio ad creditorem peruenerit, tamen ſi in obligatione hypothecæ creditor fuerit deceptus, veluti ſi res fuerit aliena, pignoratitiæ contrariæ eſſe locum. Ita diſerte *Bart. in l. ſi tibi* 17. §. *de pign. n.* 3. *de pact.* cuius ſententiam *ibid n.* 7. probat *Alexander*: refert & ſequitur *Neguz. p.* 7. *memb.* 1. *n.* 3. ſed ſanè pro ſententia iſta nihil facit *l.* 1. *in pr de pign. act.* petit enim principium, dum inde vult probare, quod pignore non tradito competat pignoratitia actio : aut eadem rationi eſſet locus directæ, quod ipſe Bart. negat, & pignoris verbo ibi pignoris jus ſignificatur, quod etiam quæritur nuda conuentione : vnde non poteſt inferri, quod ſit locus actioni pignoratitiæ. Minus juuat *l. tutor.* 16. §. 1. *eod. tit.* quæ expreſsè ponit pignus fuiſſe datum : Sed & termini habiles aliàs ſunt ponendi. Nec *l. ſi quis* 36. §. 1. *de pign. act.* ſatis idoneum præbet argum: vel quia verbum obligauit, rectè explicatur de traditione ſecuta; quia in contractibus realibus nonniſi ſecuta traditione naſcitur obligatio : vel quia verbum *obligauit* ponitur immediate circa prædicatum de crimine ſtellionatus, quod pariter re tradita & non

tradita committitur. Habet quidem colorem æquitatis illa opinio
Bartoli: ſed difficile eſt eam tueri, cum deficiat cauſa & fundamen-
4 tum actionis. Sed jam videamus diſtinctim, contraria pignoratitia a-
ctio ex quibus cauſis competat. Vna cauſa eſt, ſi creditor fecerit im-
penſas in rem *l. creditor 7. in fin. C. de pign. act.* Non dubium eſt, quin ex
ea cauſa habeat creditor etiam retentionem, donec ſibi ſatisfiat: ſed
aliquando actio neceſſaria eſt, ſi rem forte vltro reſtituerit, aut etiam
ſi res ſine culpa creditoris perierit *l. ſi neceſſarias 8 in fi. pr. de pign. act.* De
neceſſarijs dubitari non poteſt, quin pro ijs hæc actio competat *d. l. 8.
& l. 7. C. eod.* Competit tamen & pro impenſis vtilibus, & quidem o-
mnimodo, ſi factæ ſint voluntate debitoris; eaque vel expreſſa vel ta-
cita, veluti ſi dederit quis ſeruos pignori, quos jam artificijs quibuſdam
inſtitui & erudiri fecerat: ſi enim porrò faciat ex hac cauſa impenſas
creditor, cenſetur id facere voluntate debitoris, per *l. ſi ſeruos 25. de pign.
act.* vbi artificia neceſſaria dicuntur quibus ſerui inſtrui ſolebant (nul-
la enim præciſe neceſſaria ſunt) & ſunt adeo impenſæ non neceſſariæ,
ſed vtiles: ſicut & quæ in ſaltum colendum fiunt *d. l. 25.* Extra hos ter-
minos an ſint impenſæ vtiles reſtituendæ, judex bonus ex circum-
ſtantijs ſtatuet: & vt in *d. l. 25.* eleganter JCtus ait, nec delicatum ni-
mis debitorem, nec onerosum creditorem audiet judex. Ille delica-
tus eſt, ſi planè quaſcunq; impenſas ferre recuſet: hic onerosus eſt, ſi
nimis grauare velit debitorem, & impenſis maioribus hoc agat, vt lui-
tionem debitori faciat difficilem; de qua re v. *Angel. in §. Ex diuerſ. ad
verſ. certè illud. Inſt. de rer. diu. Ant. Peregr. de fideicomm art. 50. n. 33 Iohan.
Garz. de expenſ. cap. 1. n. 31. Gail. lib. 2. obſ. 12. in fin.* Ad impenſas autem
pertinet, ſi quid aliàs de ſuo occaſione pignoris numerauit creditor,
veluti ſi tributa exſoluerit *arg. l. 6. C. de pign.* Item ſi quid euictionis no-
mine præſtiterit, aut præſtare debeat juxta *d. l 8. §. 1. & l. ſi pignore 22. §.
5 vlt. de pign. act.* Alia ob qualitatem rei, huius actionis cauſa eſt, ſi res a-
liena vel alij obligata aut etiam morboſa pignori data fuerit, *l. ſi rem. 9.
in pr. l. tutor. 16. §. 1. l ſi quis 36. §. 1. de pign. act.* licet debitor ſoluendo ſit *l.
cum debitore 32. de pign. act.* item ſi æs pro auro datum ſit *l 1. § 2. & de l. 36.
§. 1. de pign. act.* Quod ſi tamen res alteri obligata pretioſa ſatis ſit, aut ſi
ſciens quis rem alienam acceperit, ceſſat hæc actio *d. l. 16. §. 1. & d. l. 36.
§. 1.* Non intereſt autem an creditori res euicta ſit an adhuc penes eum
extet, vt probauimus *lib. 1. in cap. De re alien. pign. dat.* Et rurſus non in-
tereſt an euicta ſit creditori ipſi, an ei cui rem vendidit; itaque hanc
actio-

actionem emtori cedere tenetur, *l. in creditore. 38. de euiction.* Tertia cauſa 6
principalis huius actionis eſt, ſi quid damni ex re pignorata ſenſit creditor *l. ſi ſeruus 31. de pign. act.* vbi hæc res tractatur in caſu (qui & frequẽtior eſt) ſerui pignorati, qui creditori furtum fecit. Et quæritur an liberetur debitor, ſi hominem noxæ relinquat creditori, an in ſolidam damni æſtimationem teneatur: quod poſterius probatur, ſi debitor ſciẽs furem (id eſt ſolitum furtũ facerẽ, aut aliàs feciſſe) pignori dederit. Licet enim aliàs, vt dominus in ſolidũ teneatur, neceſſum ſit, hoc ipſum furtum, ſciente eo, aut, cum poſſet, non prohibente, factum eſſe: attamen cũ à domeſtico fure difficilius quis ſibi caueat, nec veroſimiliter creditor id damnũ, ſeruo non pignorato paſſurus fuiſſet, & ſemel malus porrò malus in eodẽ genere delicti præſumatur, merito ſcientia debitoris, hactenus, vt in ſolidum teneatur, nocere ei debet: cum & culpa hæc ſit, talem ſeruum ignoranti creditori pignori dare, quam debitor culpam præſtare debet, ſicut ex aduerſo præſtat creditor culpam, ſi corruperit ſeruũ & deteriorem fecerit. Et vt aliquantum digrediamur 7
hic & paulo generalius hanc materiam tractemus, culpa in contrahendo duplex conſideratur: altera eius, qui rem ab alio accepit, veluti conductor, creditor, commodatarius, depoſitarius, mandatarius, vti forte quid emendũ aut vendendũ in ſpecie commiſſum eſt: altera eius, qui rem tradidit, aut alias in cauſa fuit, vt res ad alium perueniret: veluti locator, debitor, commodans, deponens, mandans (idemq;, de ſeruo in dotem dato tractatur in *l. ſi mulier 21. §. 2. de rer. amot. act.*) Illa culpa eſt in committendo aut in omittendo, per quã ipſi rei, v. c. commodatæ, damnum datum eſt, quod domino reſarciri oportet, hæc vero culpa in eo conſiſtit, ſi quis rem talem tradiderit, per quam alteri damnum ſit illatum, quod qui rem dedit, & ipſe plerumquè dominus, alteri reſarcire tenetur, veluti ſi homo commodat⁹ depoſitus, commodatus pignoratus, aut etiã ex mandato alterius emptus, furtum fecerit his quibus traditus eſt. Et de priori illo regula eſt in *l. 5. §. 2. comm.* quod ſi ſolius accipientis vtilitas verſetur, quamcumq; culpam teneatur præſtare, etiam leuiſſimam: quod accidit in commodato: & contra ſi nullum ex contractu ſentiat commodum, teneatur præſtare nonniſi dolum & latam culpam, quod accidit in depoſito: (Exceptiones tamen habet illa regula, de quibus prolixius agere non eſt huius loci.) Ex aduerſo contrario modo juſta proportione res ſe habet in poſteriori caſu vt qui rem accepit, vt ipſe ſolus commodum inde ſentiat, veluti commodatarius, ſi quid ex ea re ſenſerit damni,

damni,ſolum dolum imputare poſſit tradenti: contra depoſitarius, qui nullum commodum ſentit, ſed beneficium præſtat deponenti, huic etiam leuiſſimam culpam jure poſſit imputare, nec excuſet deponentem ignorantia, quo minus ſolidam damni accepti æſtimationem depoſitario præſtare cogatur: Quæ in vtroque caſu depoſiti & commodati probantur *in l. ſi ſeruus 61. §. quod vero. 5. verſ. idq; euidentius. & in §. 6. de furtis*. Hæc autem videntur euerti, per exemplum mandatarij, qui cum ſicut commodatarius leuiſſimam culpam præſtet, vt fere communiter placuit, tamen & ipſe quamcunque culpam imputat mandanti, cuius juſſu emit rem certam ex qua damnum ſenſit, vt docet *d. l. 61. d. §. 5. in pr. de furtis*. Sed pro reſponſione aduertendū eſt, quod mandatum hactenus cum depoſito comparandum eſt, quoniam eſt gratuitum, & nullum adfert commodum mandatario. Quod autē mandatarius leuiſſimam culpam præſtat, id fit ex proprijs ſpecialibus rationibus, propter quas mandatum excipitur à regula *d. l. 5. §. Commodati*: & nimirum quo ad prius illud de quo in *d. §. 2.* non autem propterea excipitur qui ad poſterius de quo in *d. l. 61. de furt.* quoniam hic ceſſant exceptionis rationes: imò militant eædem rationes hîc quæ in depoſito, vbi quis ex alterius mandato ſeruum certum emit: ne officium gratis ſuſceptum ſit mandatario damnoſum, qui ex ſola cauſa mandati damnum ſenſit, non ſenſurus, ſi id non ſuſcepiſſet: vt proinde ratio ſuadeat, vt à mandante omne damnum ei reſarciatur. Sed porrò his quæ
8 diximus ex diametro videtur obſtare, clauſula *d. l. ſi ſeruus 31. de pign. act.* vbi dicitur, eadem hac in re obſeruanda, cum ſeruus commodatus vel depoſitus furtum fecit, cum tamen ei ratio ſupra allata & textus *in d. l. 61. de furt.* perſpicue euincant, hac in re depoſiti & commodati contrariam eſſe rationem. Cuiac. ad eum locum Tr. 8. *ad African.* putat, Africanum quod ita in *d. l. 31.* proponitur, poſtea accuratius tractaſſe & abſoluiſſe in his quæ ex eodem lib. proponuntur in *l. 61. de furt.* itaque ea loca eſſe coniungenda. Verum ita ab ignorantia & ſocordia non poſſit abſolui Tribonianus. Et poſſit tamen credi ab eo clauſulam iſtam, incongruo loco ſubiectam eſſe: prorſus non aliter ea defendi poteſt, quam ſi cum Accurſio ad caſum ſcientis reſtringatur: hic enim cum ſit in dolo, ſiue depoſuerit ſeruum ſiue commodauerit furem, ad
9 ſolidam æſtimationem damni debet teneri. Iam porrò alias cauſas ex quibus actio pignoratitia contraria competit, recenſeamus. Datur ea, ſi debitor pignus tradendo malitioſe verſatus ſit *l. 9. in pr. de pign. act. ſi* illud

illud corruperit, & ita ne ſufficeret pro debito effecerit *l. ſeruum. 27. de pignor.* neque enim dubito, quin in ea ſpecie cũ actione Legis Aquiliæ pignoratitia contraria concurrat. Præterea competit, ſi res ad debitorem ſine facto & voluntate creditoris præuenerit: quo & refero *l. 3. de pignor. act.* licet enim ipſe creditor pignus reddiderit, tamen id non fecit, quod liberatum vellet, ſed quia ſperabat ſe pecuniam accepturum: qua cauſa ceſſante, debet ei reſtitui pignus. Sed & porrò cauſa quacunque alia finita, ex qua creditor paſſus eſt rem apud debitorem eſſe, niſi reſtituatur, huic judicio futurus eſt locus, veluti ſi rem pignoratam precario aut ex locato conceſſerit debitori, *juxt. l. ſi pignore. 22. § ſi poſt. 3. de pign. act.*

CAP. X.

De actione reali quæ eſt ex pignore & eius duplici diuiſione.

1. *Seruiana judicium petitorium.*
2. *Item, judicium reale.*
3. *Seruiana & quaſi Seruiana prætoria.*
4. *Pro quibus rebus vtraq; detur.*
5. *De appellationibus iſtarum actionum.*

DIximus de judicio perſonali. Reale judicium ſiue remedium, quod ex conſtitutione pignoris naſcitur, & pro perſecutione rei pignoratæ competit, eſt duplex: Petitorium & poſſeſſorium. Illud eſt actio Seruiana ſeu hypothecaria: Hoc eſt interdictum Saluianum. Et Seruiana quidem non eo ſenſu judicium petitorium dicitur, quo actiones in rem, quæ jure dominij mouentur: Sed nec illo, quod præcedat cauſa poſſeſſionis, & ea deciſa ad hoc judicium veniatur: Sed dicitur ita hoc judicium in comparatione Interdicti Saluiani, in quo minus plenæ & accuratæ probationes requiruntur, quam in Seruiana actione, in qua illud probandum eſt, quod res fuerit in bonis debitoris: nam & in judicio petitorio propriè dicto iſtud probandum venit: neque enim tantum judicium petitorium dicitur in quo quis ex jure Quiritium rem ſuam eſſe ait: ſed quo etiam experitur, qui jure prætorio ſe ait eſſe dominum: & publiciana quoque actio judiciũ petitorium rectè appellatur. Itaq; vel propter hanc affinitatem cum alijs judicijs petitorijs, & Seruiana actio

ita nuncupabitur. Atque in hanc ſententiam Interpretes tradunt: quod hypothecaria actio judicij petitorij ſapiat & habeat naturam, quos in hanc rem adducit *Neguzant. p. 8. m. 1. in pr.* Porrò actio-
2 nem Seruianam reale eſſe judicium, non perſonale, tum textus expreſsè docent in *l. pignoris.* 17. *de pign. l. pignor.* 18. *C. eod. l. ſi cum.* 66. *in pr. de euict. l. ſi tibi.* 17. §. *de pignore. de pact.* tum ratio manifeſta euincit, quod competit contra quemcunque poſſeſſorem qui rem pignoratam tenet: nec debitor nec alius quicunque efficere alienando poteſt, quo minus creditor hoc jure ſuo vtatur, vt ex ſeqq. patebit. Nec hîc mouet quidquam, quod JCtus in *d. l. ſi tibi.* §. 2. *de pact.* affirmat hanc actionem ex pacto naſci: Ex conuentione autem non poteſt realis oriri actio. Doctores quidem hîc *Neguzant.* referente & probante *p.* 3. *memb.* 1. *n.* 1. ita reſpondent, quoniam ex ipſo contractu naſcatur in perſonam actio, fruſtraneum futurum fuiſſe pignus, niſi produxiſſet actionem in rem, quæ & ob modicitatem præiudicii facilius conceſſa fuerit. Mihi verò iſtud ſapere non poteſt: quoniam ita ex ſtipulatione, quæ alijs contractibus adijcitur, actionem in rem quis defendere poſſit: neque qualitas præiudicij facere poteſt, vt præter naturam conuentionis naſcatur actio in rem, & omninò vt actio varietur: nec hoc quidquam ad tertiũ poſſeſſorem, qui reſtitutione rem dum cogitur, afficitur incommodo non leui. Me verò cur nihil hæc obiectio moueat, dixi ſup. *hoc. lib. cap.* 1. & quod ex conuentione hæc actio non deſcendat, ſed ſit ex Edicto prætoris, & JCtus in *d. l.* 17. §. 2. *de pact.* non adeo ſubtiliter fuerit, ſed Minerua pinguiori locutus: Veritatem vidit Salicetus, qui in *l. pignoris.* 18. *C. d. pign.* notat, quod actio hypothecaria, non tam ex pacto ſit, quam ex jure conſtituto, (ſcil. ex Edicto prætoris) in re propter pactum. Illud nimis leue eſt, quod in *l. in rebus.* 30. *Cod. de jur. dot. & in l.* 1. *C. commun. de legat.* opponitur actio hypothecaria actioni in rem: quoniam ibi in potentiori ſignificatu, intelligitur in ſpecie actio in rem, quæ jure dominij mouetur: ceteroquin ipſa quoque actio hypothecaria non ſemel appellatur vindicatio. *l. cum te.* 4. *& l. ſeq. Cod. de remiſſ. pign. l. ſi fundus.* 16. §. 3. *de pignor. l. Paulus.* 12. §. 1. *Quib. mod. pign. ſolu.* Et eſt ea vindicatio directa, quatenus ex edicto prætoris introducta eſt, licet collata ad vindicationem ex jure Quiritium vtilis poſſit videri. *l. ei qui.* 16. *de ſeruit.* Et hinc, quod hæc actio in rem eſt, ſit vt creditor hypothecarius rem

vin-

vindicando, omnibus creditoribus chyrographariis quantumcunq; aliàs priuilegiatis præferatur, *l. eos qui.* 9. *Cod. qui* 9. *C. Qui pot.* vt dicemus. *inf. lib. ſeq. in pr.* Atque hæc eſt prima diſtinctio remedii realis in petitorium & poſſeſſorium, de quorum natura diſtinctius *inſeqq.* agemus. Petitorium & Seruiana actio ſubdiſtinguitur, in Seruianam & quaſi Seruianam. Et primo vtraque eſt prætoria, de quo ſatis conſtat ex *d.l.*17. §. 2. *ibi, jure honorario. de pactis.* §. *Item Seruiana.* 7. *Inſt. de actionib.* eoque pertinet quod de jurisdictione dicitur in *l. maior.* 23. *C. de pignorib.* quod conuentio tueatur pignus, vel jurisdictio ſecundum eius voluntatem: id eſt, quod prætor juxta conventionem & voluntatem debitorum res ſuas pignori obligantium, det actionem; & proinde eam non det, vbi conuentione pignus remiſſum eſt; quod non obſeruauit Gothof. qui ad eum locum malè annotauit, quod prætor remiſſionem pignoris tueatur: quod ab eius vtique textus ſententia eſt alienum: porro quæ dicuntur de fundo, jurisdictione ea ſolent eſſe ab Edicto prætoris. Arguit hoc & Seruianæ appellatio; & ita enim dicta fuit Seruiana à prætore Seruio, (alluſio illa eſt Accurſii in *dict.* §. 7. quod actio hæc dicta ſit à ſeruando) cui non obſtat, quod Seruius apud Romanos fuerit prænomen, Edicta autem & LL. ſortita fuerint appellationem à gente, veluti Leges, Juliæ, Corneliæ, Semproniæ, Claudiæ, &c. Etenim potuit idem eſſe & prænomen & gentis nomen: Et *Onufrius in lib. de antiquis nominibus.* inter plebeias gentes refert Serueiam, & eodem loco ſcribit, non ſemel contigiſſe, vt prænomina abierint in nomina gentium & familiarum: ſed nec perpetuum fuiſſe, vt denominatio fieret à gente, probat Cuiacius 14. *obſeru.* 14. & vtique Paulus, à quo actio Pauliana; Carbo: à quo Edictum Carbonianum, non fuerunt nomina gentis. Et itaque procul dubio errauit *Angel. relatus à Neguzant. p. 6. m. 2. num.* 18. qui hypothecariam actionem ciuilem prætoriæ oppoſitam eſſe putauit. Porrò, Seruianæ & quaſi Seruianæ differentiam proponit Juſtinian. in *d.* §. *Item Seruiana.* 7. *Inſt. de action.* quod experiatur quis illâ de rebus coloni quæ pro mercede tenentur: hâc autem pignora hypothecáſve perſeſequantur creditores, videlicet ceteri præter locatorem fundi. Et Doctorum quidem opinio communis habet, quod Seruiana ipſa competat etiam pro rebus inductis in prædia vrbana & pro mercede obligatis. Ita illi in *l. certi.* 5. *Cod. Locati. Iaſon. in dict.* §. 7.

Bb 2 *Inſt.*

Inſt. de action. n. 22. adeo quidem vt Baldus *in d.l.* 5. dicat ſomniaſſe Petrum, qui ea actione tantum res coloni peti putauit. Et tamen mihi Petri ſententia, quam & Cynus *in d. l.* 5. tuetur, verbis Juſtinan. conuenientior videtur: qui ſi aliter ſenſiſſet, non coloni, ſed conductoris prædij mentionẽ feciſſet generalius, maximè cum in §. *præterea.* 31. *Inſt. de act.* itidem Seruianam ad res coloni reſtringat. Et argumentũ Baldi facilè remouetur: Ait, ſi actio Seruiana non daretur pro inductis & inuectis ab inquilino, earum rerum pignus inutile futurum eſſe. At enim, quid ni pro his ſufficere & dari poſſit quaſi Seruiana? Et ſpeciali ratione ab initio oportet motum fuiſſe prætorem, ob quam tantum pro locatore ruſtici prædij introduxerit actionem. Forte quod ille minus rerum obligatarum habere curam, & prouidere poteſt, ne alienentur: aut quod aliàs colono non exiſtente ſoluendo, quod ferè laborat inopia id genus hominum, conſultum ſatis locatori non fuerit. Id autem poſtea productum fuit, & ad locatorem vrbani prædij, & ad omnes porrò creditores, quib⁹ actio quaſi Seruiana datur. Vtra-
5 que autem Seruiana quandoq; pignoratitia dicitur, vt ſupra notatum: rectè quoque & rectius vtraque dicitur hypothecaria; quamuis Juſtinian. in *d.* §. 7. *in pr.* & *in* §. *præterea.* 31. *Inſt. de act.* & *in l.* 1. *C. commun. de legat.* ibi, *vtilem Seruianam, id eſt, hypothecariam.* hypothecariæ actionis nomen proprium quodammodo videatur facere, Seruianæ quaſi vel vtili: quomodo & ferè JCtus in *l. aliquando.* 13. §. 1. *ad SC. Velleian.* fortè quod Seruiana nomen ſuum proprium, quod ab initio ſola habuit, retineat. Alioquin non vno in loco vſurpatur verbum ipſum Seruianæ in genere, vt & quaſi Seruianam comprehendat. *l.* 3. §. 3. *ad exhib l.* 3. *in pr. l. ſi debitor.* 10. *in pr. l. ſi ab eo.* 18. *l ſi inter.* 21. §. 1. *de pignor. l. ſi creditor.* 28. *in pr. de pign. act. l. ſi quis.* 36. *in pr. de noxal. act. l. quæ prædium.* 6. *Cod. ſi res alien. l. debitor.* 59. *in pr. vers. videamus. ad Trebell.* Illud jam attigimus, quod quaſi Seruiana dicatur etiam vtilis. *l.* 1. *C. comm. de legat. l.* 1. §. 2. *de pignorib. l.* 1. *in pr. Quib. mod. pign ſolu.* & introducta ad exemplum Seruianæ, *in l.* 1. *inf. Cod. de precar.* & vide de hac re & *Neguzant. p.* 8. *memb.* 1. *n.* 8.

Ca-

Digitized by Google

CAPVT XI.

De requiſitis actionis hypothecariæ.

1. *In Seruiana requiritur, hinc jus creditoris, hinc poſſeſſio rei.*
2. *Probandum rem fuiſſe in bonis debitoris.*

NAtura hæc eſt actionum in rem ordinaria, vt perſequantur rei reſtitutionem, vigore juris, quod actor in re habet. Itaq; duo principalia, quæ extrema vocant Dd. ad huiusmodi actionem conſtituendam requiruntur: Ex parte actoris, jus tale, ob quod rem ſibi reſtitui petere poſſit: Ex parte rei qualitas eiuſmodi, vt rem reſtituere poſſit, & nimirum vt habeat poſſeſſionem, ſiue etiam detentionem: Hæc tractanda quoque ſunt in actione Seruiana ſeu quaſi: nam pro recuperanda aut adipiſcenda poſſeſſione competit: ſiue creditor numquam poſſeſſionem, conſtituta ſcil. hypotheca habuerit, ſiue poſſeſſionem rei pignoratæ amiſerit. *l. grege.* 13. §. 3. *in f. de pignor.* qua in re miror, grauiter lapſum Cuiac. *in recitationibus ad rubr. Cod. de pignor.* vbi ciuilem actionem competere ſcribit, in caſu quo poſſeſſio rei pignoratæ amiſſa eſt; quoniam conſtitutum hîc ſit pignus per contractum juris ciuilis. Quæ ratio nulla eſt, quia conſtat, ex contractu iſto naſci pignoratitiam actionem perſonalem: neque ex eo actio in rem pro perſequendo pignore amiſſo oriri poteſt: Sed eſt ea ex Edicto prætoris planè ſi poſſeſſio rei quæ pignori fuit data, ad ipſum debitorem peruenerit, poſſit tum locus eſſe pignoratitiæ contrariæ, per ea quæ diximus in præcedd. *ex l.* 3. *&* 22. *de pignor. act.* Et cum igitur hæc competat actio, vt creditor rei poſſeſſionem conſequatur, oportet vt reus conuentus rem quoque habeat, vt eam reſtituere poſſit, ceteroquin fundari judicium non poſſit: quod ex Dd. quoque *Neguzant.* tradit *p.* 8. *memb.* 3. *num.* 6. Et verò nemo rurſus ei tenetur reſtituere poſſeſſionem, niſi qui auferendi & euincendi rem jus habet. Tale eſt autem jus quod creditor ex conſtitutione pignoris eſt adeptus, in quo hæc actio fundatur. Et jus hoc rectè oportet eſſe conſtitutum, vt videlicet ſubſit obligatio principalis & debitum. *L. nec creditores.* 10. *vers. vt autem. Cod. de pignor. act.* vt & res ſit talis quæ necti, & perſona quæ eam nectere potuerit, juxta ea quæ fuſius ſup. dicta ſunt. Inprimis huc repetendum reſt, quod vt obli-

Digitized by Google

gatio pignoris conſiſtat, oportet rem fuiſſe in bonis debitoris, aut
2 huic dominium vel tale ius quod hîc requiritur, ſuperueniſſe. Et in *l. 3. de pignorib.* gloſſa vult probari hac actione rem fuiſſe in dominio debitoris. Sed quia difficilis nimium hæc probatio eſt, ideo communiter hæc gloſſ. improbata, & eo itum eſt, quod oſtendere ſatis ſit, rem fuiſſe in bonis debitoris. Equidem ſupra probauimus, quod etiam illi, quos conſtat dominos non eſſe, rem obligare poſſunt, veluti Superficiarij, Emphyteutæ, qui dicuntur vulgò vtiles domini. Item qui tantum Publicianam habent: verum etiam extra hos terminos, vbi res ab eo pignori obligata vel data eſt, qui pro domino ſe vero gerit, etiam forte verus dominus eſt, juxta Dd. ſufficit, vt quis rem in bonis eius fuiſſe probet. Et hæc ſententia probatur in *l. 3. l. & qua. 15. §. 1. de pignor. text. ad hoc in l. quæ prædium. 6. Cod. ſi res al.* quæ probat hanc fuiſſe partem actionis formulæ, quod res in bonis debitoris fuerit: vbi illud obſeruandum, quod dd. locis traditur, oportere vt res eo tempore, quo conuenit, fuerit in bonis debitoris, pertinere ad actionem directam: nam in vtili Seruiana, ſufficit probare, dominium poſtea debitori ſuperueniſſe, aut poſtea rem in eius bonis eſſe cepiſſe, juxta tradita *ſup. lib. præced.* quamuis iuxta ea quæ ibid. diximus, ſi res futuræ ſint pignori obligatæ, aut ſi obligatio hypothecæ generaiis fuerit, pro rebus quæ poſtea debitoris factæ fuerunt, directa quoque actio locum habeat. Et notat tamen *Neguzant. ex Dd. p. 2. m. 4. n. 157. vers. tertio amplia.* in actione hypothecaria, qua legatarius contra heredem experitur, probari ſufficere, quod res à teſtatore ad eum peruenerit per textum *in l. 1. Cod. com. de legat.* Sed enim obtinebit hoc, vbi contra ipſum heredem agitur: itaque nihil hæc habet ſpeciale. Etenim Interpp. communiter ita diſtinguunt: quod aut creditor experitur contra ipſum debitorem, aut contra tertium poſſeſſorem. Illo quoque caſu allegandum, quod res fuerit in bonis debitoris, ſed non neceſſariò probandum, verum ſatis eſſe ſi oſtendatur, quod tum fuerit res poſſeſſa à debitore, & poſſeſſa nimirum pro propria, ex qua poſſeſſione præſumi ſolet dominium: cum debitor non poſſit negare rem fuiſſe ſuam, nec referre creditori quæſtionem dominii, cum hoc ipſo ſit allegaturus propriam turpitudinem, & ſeipſum mendacii conuictutus, *arg. l. rem alienam. 41. in fin.*

Google

in fin. de pignor. act. quæ ita & ex Dd. tradit *Neguz. p.* 8. *memb.* 3. *num.* 6. vbi tamen rectè addit, quod ſi ex generali obligatione creditor rem certam perſequatur, poſſit tum ſine turpitudine & crimine mendacii debitor allegare rem alterius eſſe & fuiſſe. Secundus caſus, quo agitur contra tertium poſſeſſorem, ſubdiſtinguitur: quod hic aut habet poſſeſſionem & cauſam à debitore, aut non habet; In caſu priori variant opiniones. Et quidam diſtinguunt inter cauſam & titulum, an ſit oneroſus, an lucratiuus: vt ſi contra poſſeſſorem agatur, qui poſſidet & tenet rem lucratiuo titulo, ſufficiat ea probari, quæ, vbi contra ipſum agitur debitorem, probanda ſunt: Alii indiſtinctè hoc ſufficere putant, quoniam qui cauſam habet à debitore, vtatur jure eius, & fateatur quodammodo debitorem eſſe aut fuiſſe dominum. Sunt qui putant intereſſe, an poſſeſſor allegét titulum & cauſam autoris ſui nec ne. Bartolus autem putat, omnino & indiſtinctè opus eſſe, vt probetur hoc caſu, rem in bonis debitoris fuiſſe: & quod qui ab eo cauſam habet, non protinus neceſſe habeat agnoſcere, eum dominum fuiſſe, cum poſſit niti jure proprio, quod rem juſto titulo & bona fide acceperit & iſtam opinionem magis veram & communem eſſe ait: *Neguzant. p.* 8 *membr.* 3. *num.* 9. *&* 10. in quam ego quoq; magis inclino. Nihil enim hoc ad creditorem, quod poſſeſſor cauſam habet à debitore; cum ita jus ſit, vt nemo cogatur titulum ſuæ poſſeſſionis dicere, & in actionibus in rem abſoluatur poſſeſſor, licet nihil præſtet, ſi petitor & actor intentionem ſuam non implent. *l. vlt. Cod. de rei vind.* Et in venditionem aliosque contractus rectè etiam deducuntur res alienæ, hactenus vtique, vt poſſeſſor potior eſſe debeat, donec alius legitimè probet, rem ſibi eſſe reſtituendam. Et ita quamminimum diſcedimus à jure noſtro, quo generaliter eſt diſpoſitum, probare oportere creditorem, quod res in bonis debitoris fuerit. *d. l.* 3. *& d. l.* 15. §. 1. *de pignor. & dict. l.* 6. *Cod. ſi res aliena.* Et nec dubitandum adeo eſt, quin ſi contra eum agatur, qui à debitore cauſam non habet, probari à creditore oporteat, quod in bonis debitoris res fuerit, quæ & communiſſima omnium opinio eſt, quoniam titulus pignoris tantum habilis eſt ad auocandam poſſeſſionem. Ergo poſſeſſor, qui titulum & fidem bonam habet, imo quiuis poſſeſſor vincet, niſi probetur, potentius jus habuiſſe debitorem

cuius

cuius quaſi jure vtitur creditor: & proinde probare neceſſe habet, quod probare oporteret ipſum debitorem, ſi poſſeſſori rem euincere vellet: v. latè hac de re tractantem *Salicetum in l. cum res. 5. C. ſi res aliena. num, 5. & ſeqq.*

Capvt XII.

De aliis qualitatibus actionis hypothecariæ.

1. *Actio Seruiana arbitraria.*
2. *Arbitrariarum actionum natura.*
3. *In actione Seruiana juratur in litem.*
4. *Non ſolum dominum jurare in litem.*
5. *Amplius ad l. 16. §. 3. de pignor.*
6. *Poſſe extra ordinem rem contumaci auferri.*
7. *Diuerſitas debitoris & alterius poſſeſſoris in æſtimanda lite.*
8. *In Seruiana an petitio debeat eſſe alternatiua.*
9. *Poſſeſſor qui ſoluit debitum abſoluendus eſt.*

DIſtinguuntur actiones in bonæ fidei ſtrictique juris. Nos in *Tract. de action. diſp. 6. in princ.* eam eſſe ſubdiuiſionem actionum perſonalium probauimus: vt parum ſubtiliter Dd. hanc actionem referant inter actiones ſtricti juris. Actio hæc arbitraria eſt, vt expreſsè docet Juſtinian. in §. *præterea. 31. Inſtitut. de action.*

2 Et de actionum arbitrariarum natura nos in *Tract. de Action. diſp. 7. & in exercit. noſtris ad Fabr. dec. 89. & ſeqq.* prolixè egimus & accuratè. Iſtud ſaltem huc repetendum eſt: Hanc fuiſſe actionum iſtarum formulam juxta quam prætor iudicem dabat. *Si apparet rem Titij eſſe,* (pono exemplum in rei vindicatione) *eaq; arbitrio ſuo non reſtituatur judex condemna.* Ad hunc modum, in hac hypothecaria actione prætor ita judicem dabat. *Si paret rem Titio obligatam eſſe, eaq; arbitrio ſuo non reſtituatur, condemna.* Itaque vbi probauit creditor rem ſibi obligatam rectè fuiſſe, iubet iudex rem reſtitui: quaſi interloquendo: cui ſi pareatur arbitrio, in eo ſubſiſtitur, quia vlterius quo progrediatur judex non habet, & definitiuæ tunc ſententiæ naturam arbitrium indicit. Quod ſi verò reus ſententiæ illi non pareat duplici remedio fit locus, alteri extraordinario, alteri ordinario. Huic

quando juxta formulam, & ſcilicet propter contumaciam in non reſtituendo, judex reum multat grauiori condemnatione: Atque ita ſi ei qui ſe probauerit rei petitæ dominum, reus non reſtituat rem, vel dolo fecit, quo minus poſſit reſtituere, condemnatur, quanti actor in litem jurauerit: Ita in metus cauſa actione, ſi reus non reſtituat rem, in quadruplum ob contumaciam condemnatur *l. item* 14. §. 1. *Quod met. cauſ.* Hæc autem actio hypothecaria ſimilis hac in re eſt vindicationi, quæ jure dominij inſtituitur: Reus enim non reſtituens, condemnatur, quanti creditor in litem jurauerit, vt habet expreſſus textus *in l. ſi fundus.* 16. §. *in vind.* 3. *verſ. ſed ſi velit. de pignoribus.* vbi nobis, ſed paucis (prolixius enim id alibi præſtitimus) defendendus contra Fab. nugas eſt *d.* §. 3. Et negat enim Faber in hypothecaria actione, poſſe locum eſſe ex ratione juris juramento in litem. Vtitur ille 16. *coniect.* 15. vnico hoc argumento, quod in litem jurare non poſſit, niſi qui jure dominij rem petit, ad quod adducit text. *in l. tutor.* 8. *in fin. de in lit. iur. l. non cum.* 9. *rer. amot. l. ſi filioſam.* 25. §. *maritum ſol. matrim.* ſed inepte ex textibus, quibus dominum ſcribitur in litem jurare, infertur, quod nemo præter dominum jurare in litem poſſit: cum nullibi ſit particula taxatiua, quod ſolus dominus jura & quanquam potiori jure dominus juret, propterea tamen neminem alium jurare poſſe, malè colligitur. Quin jure rationis eſt, vt in hoc genere actionum, qui rem contumaciter reſtituere recuſat, aliter & grauius condemnetur, juxta ſupra relatam formulam, *ſi res non reſtituatur condemna.* ſcilicet ad pœnam vel æſtimationem. Et cum æſtimatio, quæ fit à judice, fiat ex veritate, & quanti res eſt, non æquum eſt ita æſtimari rem, vbi reus contumax eſt, ſed ratio ſuadet, vt æſtimatio permittatur arbitrio actoris, quod fit per juramentum in litem. Porrò quòd non ſolum jure dominij in litem juretur, his rationibus & exemplis probatur 1. quod juratur in actionibus bonæ fidei, commodati, depoſiti, &c. quibus experitur quis & vincit ſolo obligationis & conuentionis jure, quæ eſt ſola non verò dominiũ eſt probandum. 2. quod in actione ex ſtipulatione, & ex teſtamento, quæ prorſus non competunt jure dominij licet non ſemper, tamen aliquando juratur in litem, in caſu *l.* 5. §. *vlt. de in lit. iur.* 3. quod in litem juratur in actione confeſſoria *l. harum* 7. *ſi ſeru. vind.* Licet enim fingas aliquod dominium ſeruitutis, tamen hîc tantũ juratur ſuper eo quanti intereſt, cautum non eſſe *d. l.* 7. Porrò facit. 4. quod cum Interdicta nõ competant jure dominij, tamen aliquando in his juratur in litem

(margin numbers: 3 beside "quæ jure dominij inſtituitur" line; 4 beside "mentum in litem" line)

Digitized by Google

l. ſemper 15. §. *ſed quod*. 9. *Quod vi aut clam. & l. qui reſtituere*. 68. *in fin. de rei vind.* nam quod Ant. Faber vtrumque locum à Triboniano eſſe corruptum clamat, ſummæ impudentiæ eſt: & eiuſdem quoque farinæ, quod numquam in interdictis contendit jurari in litem 16. *coniect.* 15. neque quidquam eſt falſius, quam quod *eod. cap. in pr.* ait, pugnare inuicem, condemnationem fieri in id quod intereſt, & quanti in litem fuerit juratum. Et quidni enim propter contumaciam poſſit æſtimari intereſſe per actorem & eius juramentum? Denique fortiſſime facit, quod in actione Fauiana juratur in litem (& eam tamen conſtat in jure dominij non fundari) *l.* 1. §. 1. *ſi quid in fraud. patr.* Et duplex ratio ſpecialitatis quam affert Faber *dec.* 93. *ver.* 6. vtraque futilis & vaniſſima eſt, vt oſtendimus *d. th.* 16. *diſp.* 7. *de action. arbitr. p.* 1. Et hæc ad argumentum Fabri, à jure dominij. Adducit præterea textum *in l. ſi inter.* 21. §. *vlt. de pignor.* vbi dicitur, ſi res non reſtituatur, litem æſtimari contra poſſeſſorem. Sed inepta eſt conſequentia, quoniam, vt diximus, etiam quod intereſt, per hoc juramentum æſtimari poteſt. Et imò cum juxta eum textum *d.* §. *vlt.* lis æſtimetur contra tertium poſſeſſorem vltra id quod intereſt, id non per judicem, qui rem vere æſtimat, ſed per actorem fieri conſequens eſt, qui ſi vltra verum intereſſe quid conſecutus fuerit, debitori reſtituere tenetur *d. l.* 21. §. *vlt.* Et nihil falſius eſt, quam quod æſtimatio per juramentum non admittatur, ſi poſſit æſtimatio fieri per judicem, quoniam aliàs nec in vindicatione rei, quæ mouetur jure dominij, poſſit jurari in litem, cum res vtique per judicem æſtimari poſſit. Et hæc quidem iſto loco ſufficiant: nam cetera ex notato loco *Tract. de Actionib. & ex noſtris exercitationib. ad Fabrum dec.* 92. peti cupimus. Vnum ſubijciamus pro defenſione *d. l.* 16. §. 3. *de*
5 *pignorib.* Proponuntur ibi duo membra; alterum de eo qui adhuc poſſidet, nec reſtituit: alterum de eo qui dolo poſſidere deſiit, & ſumma ope niſus reſtituere non poteſt. Ille dicitur ſimpliciter condemnandus, hic autem, quanti actor in litem jurauerit. Et abſurdum vero putat *Faber, decade* 92. *err.* 10. vt hic qui pœnitentiam egit, ſit deteriori cõditione, quam ille qui rem, quam habet, non reſtituit. Sed quod ad hunc attinet, qui dolo poſſidere deſiit, nihil abſurdi eſt, vt ille condemnetur, quanti actor in litem jurauerit, quoniam ſatis eſt ſemel cũ dolo poſſeſſionem amiſiſſe, qui nec per pœnitentiam ſecutam purgari poteſt: & vbi ſemel ad alium res peruenit, ei illa citra propriam actionem auferri non poteſt. Quod autem ad alterum pertinet, qui adhuc

huc poſſidet, & juſſus non reſtituit, meminiſſe debebat Faber, quod eo ipſo loco & alibi paſſim, & in primis 16. *coniect.* 17. mutatum eſſe ſcribit jus vetus circa arbitrarias actiones, & introductum in *l.qui reſtituere.68.de rei vind.* (hanc enim Triboniano adſcribit) vt non parenti poſſit & debeat res auferri manu militari, vel vt rectius loquar (neq; enim adhibentur milites) imperio prætoris. Neque vero abnuo, quin *d.l.16.§.3.de pignorib.* aut Triboniani, aut ab eo mutata ſit. Sed vt ſæpè dixi, ſtolidum eſt, diſputare contra deciſiones juris, licet maximè ſint Triboniani, aut omnes fere nouæ conſtitutiones Iuſtiniani erunt eliminandæ. Et cum igitur ita cenſeret Tribonianus, contumaci poſſeſſori rem eſſe auferendum à prætore, ideo in caſu rei adhuc poſſidentis juramenti in litem non feciſſe mentionem credendus eſt. Aut dixerim *verſ.priorem in d.* §.3.*l.16.* ipſius Marciani eſſe, in quo Tribonianus nihil mutauerit: nam in ſpecie ea, juramento in litem locum eſſe poſſe, illud euincit, quod ibi dicitur, condemnandum eſſe, qui non reſtituit: vt proinde efficiatur, cum jam juſſum fuiſſe reſtituere. Quod ſi condemnandus eſt, vtique in aliud, & adeo quanti actor in litem jurauerit: alioquin fatendum erit parum caute aut accurate locutũ eſſe Tribonianum & quod de condemnatione dicitur, de juſſu ipſe de reſtituendo eſſe accipiendum. Cetera quæ *d. loco* nugatur Faber contra *d.* §. 3. & rationes ibi propoſitas, nos in exercitationibus noſtris confutauimus. Iam vt ex hoc diuerticulo tandem redeamus in viam (quamquam iſta extra propoſitum non ſunt) iſtud ex duobus remedijs ſupra 6
propoſitis, eſt alterum, quod extraordinarium diximus, cum videlicet magiſtratus contumaci rem imperio ſuo per viatores aut executores curat auferri, & tradi actori. Et nimirũ cum id ita fieri actor petit: ſecundum quod, juramentum in litem aliquando eſt neceſſitatis, cum reus deſiit dolo poſſidere, vt in *d l.16.§.3.verſ.ſed ſi.de pignorib.* aliquando electionis, vt cum reus poſſidet. Res enim non auferetur Reo, niſi ita volente & vrgente actore. Quod ſi autem actor malit jure ordinario jurare in litem, id ei non denegabit judex. Et, quidquid nugetur Faber, non pugnat cum ratione juris, vt quandoque malitioſo poſſeſſori, ex cauſa, petente actore res auferatur: quod olim etiam factum aliquando fuiſſe & fieri potuiſſe, probant aperſiſſimi textus in *l.* 1. §. 2. *Si mal.vent. nom.* (neque enim id præciſe ibi putandum eſt negari) *l.* 3. *in pr. Ne vis fiat ei*: Iam illud admonendi ſumus, quod aliter proceda- 7
tur contra debitorem, quo ad qualitatem & modum condemnandi,

ita nuncupabitur. Atque in hanc ſententiam Interpretes tra-
dunt: quod hypothecaria actio judicij petitorij ſapiat & habeat na-
turam, quos in hanc rem adducit *Neguzant. p. 8. m. 1. in pr.* Porrò actio-
2 nem Seruianam reale eſſe judicium, non perſonale, tum textus ex-
preſsè docent in *l. pignoris.* 17. *de pign. l. pignor.* 18. C. *eod. l. ſi cum.* 66. *in
pr. de euict. l. ſi tibi.* 17. §. *de pignore. de pact.* tum ratio manifeſta
euincit, quod competit contra quemcunque poſſeſſorem qui rem
pignoratam tenet: nec debitor nec alius quicunque efficere alienan-
do poteſt, quo minus creditor hoc jure ſuo vtatur, vt ex ſeqq. patebit.
Nec hîc mouet quidquam, quod JCtus in *d. l. ſi tibi.* §. 2. *de pact.* affir-
mat hanc actionem ex pacto naſci: Ex conuentione autem non po-
teſt realis oriri actio. Doctores quidem hîc *Neguzant.* referente &
probante *p. 3. memb. 1. n. 1.* ita reſpondent, quoniam ex ipſo contra-
ctu naſcatur in perſonam actio, fruſtraneum futurum fuiſſe pignus,
niſi produxiſſet actionem in rem, quæ & ob modicitatem præiudicii
facilius conceſſa fuerit. Mihi verò iſtud ſapere non poteſt: quoniam
ita ex ſtipulatione, quæ alijs contractibus adijcitur, actionem in rem
quis defendere poſſit: neque qualitas præiudicij facere poteſt, vt præ-
ter naturam conuentionis naſcatur actio in rem, & omninò vt actio va-
rietur. nec hoc quidquam ad tertiũ poſſeſſorem, qui reſtitutione rem
dum cogitur, afficitur incommodo non leui. Me verò cur nihil hæc
obiectio moueat, dixi ſup. *hoc. lib. cap.* 1. & quod ex conuentione hæc
actio non deſcendat, ſed ſit ex Edicto prætoris, & JCtus in *d. l.* 17. §. 2.
de pact. non adeo ſubtiliter fuerit, ſed Mineruа pinguiori locutus: Ve-
ritatem vidit Salicetus, qui in *l. pignoris.* 18. *C. d. pign.* notat, quod actio
hypothecaria, non tam ex pacto ſit, quam ex jure conſtituto, (ſcil. ex
Edicto prætoris) in re propter pactum. Illud nimis leue eſt, quod in
l. in rebus. 30. *Cod. de jur. dot. & in l. 1. C. commun. de legat.* opponitur a-
ctio hypothecaria actioni in rem: quoniam ibi in potentiori ſignifi-
catu, intelligitur in ſpecie actio in rem, quæ jure dominij mouetur:
ceteroquin ipſa quoque actio hypothecaria non ſemel appellatur
vindicatio. *l. cum te.* 4. *& l. ſeq. Cod. de remiſſ. pign. l. ſi fundus.* 16. §. 3. *de
pignor. l. Paulus.* 12. §. 1. *Quib. mod. pign. ſolu.* Et eſt ea vindicatio dire-
cta, quatenus ex edicto prætoris introducta eſt, licet collata ad vin-
dicationem ex jure Quiritium vtilis poſſit videri. *l. ei qui.* 16. *de ſeruit.*
Et hinc, quod hæc actio in rem eſt, fit vt creditor hypothecarius rem

vin-

vindicando, omnibus creditoribus chyrographariis quantumcunq; aliàs priuilegiatis præferatur, *l. eos qui. 9. Cod. qui 9. C. Qui pot.* vt dicemus. *inf. lib. ſeq. in pr.* Atque hæc eſt prima diſtinctio remedii realis in petitorium & poſſeſſorium, de quorum natura diſtinctius *inſeqq.* agemus. Petitorium & Seruiana actio ſubdiſtinguitur, in Seruianam & quaſi Seruianam. Et primo vtraque eſt prætoria, de quo 3 ſatis conſtat ex *d. l. 17. §. 2. ibi, jure honorario. de pactis. §. Item Seruiana. 7. Inſt. de actionib.* eoque pertinet quod de jurisdictione dicitur in *l. maior. 23. C. de pignorib.* quod conuentio tueatur pignus, vel jurisdictio ſecundum eius voluntatem: id eſt, quod prætor juxta conventionem & voluntatem debitorum res ſuas pignori obligantium, det actionem; & proinde eam non det, vbi conuentione pignus remiſſum eſt; quod non obſeruauit Gothof. qui ad eum locum malè annotauit, quod prætor remiſſionem pignoris tueatur: quod ab eius vtique textus ſententia eſt alienum: porro quæ dicuntur de fundo, jurisdictione ea ſolent eſſe ab Edicto prætoris. Arguit hoc & Seruianæ appellatio; & ita enim dicta fuit Seruiana à prætore Seruio, (alluſio illa eſt Accurſii in *dict. §. 7.* quod actio hæc dicta ſit à ſeruando) cui non obſtat, quod Seruius apud Romanos fuerit prænomen, Edicta autem & LL. ſortita fuerint appellationem à gente, veluti Leges, Juliæ, Corneliæ, Semproniæ, Claudiæ, &c. Etenim potuit idem eſſe & prænomen & gentis nomen: Et *Onufrius in lib. de antiquis nominibus.* inter plebeias gentes refert Serueiam, & eodem loco ſcribit, non ſemel contigiſſe, vt prænomina abierint in nomina gentium & familiarum: ſed nec perpetuum fuiſſe, vt denominatio fieret à gente, probat Cuiacius 14. *obſeru.* 14. & vtique Paulus, à quo actio Pauliana; Carbo: à quo Edictum Carbonianum, non fuerunt nomina gentis. Et itaque procul dubio errauit *Angel. relatus à Neguzant. p. 6. m. 2. num. 18.* qui hypothecariam actionem ciuilem prætoriæ oppoſitam eſſe putauit. Porrò, Ser- 4 uianæ & quaſi Seruianæ differentiam proponit Juſtinian. in *d. §. Item Seruiana. 7. Inſt. de action.* quod experiatur quis illâ de rebus coloni quæ pro mercede tenentur: hâc autem pignora hypothecáſve perſequantur creditores, videlicet ceteri præter locatorem fundi. Et Doctorum quidem opinio communis habet, quod Seruiana ipſa competat etiam pro rebus inductis in prædia vrbana & pro mercede obligatis. Ita illi in *l. certi. 5. Cod. Locati. Iaſon. in dict. §. 7.*

Digitized by Google

Inſt. de action. n. 22. adeo quidem vt Baldus *in d.l.* 5. dicat ſomniaſſe Petrum, qui ea actione tantum res coloni peti putauit. Et tamen mihi Petri ſententia, quam & Cynus *in d. l.* 5. tuetur, verbis Juſtinan. conuenientior videtur: qui ſi aliter ſenſiſſet, non coloni, ſed conductoris prædij mentionẽ feciſſet generalius, maximè cum in §. *præterea.* 31. *Inſt. de act.* itidem Seruianam ad res coloni reſtringat. Et argumentũ Baldi facilè remouetur: Ait, ſi actio Seruiana non daretur pro inductis & inuectis ab inquilino, earum rerum pignus inutile futurum eſſe. At enim, quid ni pro his ſufficere & dari poſſit quaſi Seruiana? Et ſpeciali ratione ab initio oportet motum fuiſſe prætorem, ob quam tantum pro locatore ruſtici prædij introduxerit actionem. Forte quod ille minus rerum obligatarum habere curam, & prouidere poteſt, ne alienentur: aut quod aliàs colono non exiſtente ſoluendo, quod ferè laborat inopia id genus hominum, conſultum ſatis locatori non fuerit. Id autem poſtea productum fuit, & ad locatorem vrbani prædij, & ad omnes porrò creditores, quib⁹ actio quaſi Seruiana datur. Vtraque autem Seruiana quandoq; pignoratitia dicitur, vt ſupra notatum:
5 rectè quoque & rectius vtraque dicitur hypothecaria: quamuis Juſtinian. in *d.* §. 7. *in pr. & in* §. *præterea.* 31. *Inſt. de act. & in l.* 1. *C. commun. de legat.* ibi, *vtilem Seruianam, id eſt, hypothecariam.* hypothecariæ actionis nomen proprium quodammodo videatur facere, Seruianæ quaſi vel vtili: quomodo & ferè JCtus in *l. aliquando.* 13. §. 1. *ad SC. Velleian.* fortè quod Seruiana nomen ſuum proprium, quod ab initio ſola habuit, retineat. Alioquin non vno in loco vſurpatur verbum ipſum Seruianæ in genere, vt & quaſi Seruianam comprehendat. *l.* 3. §. 3. *ad exhib l.* 3. *in pr. l. ſi debitor.* 10. *in pr. l. ſi ab eo.* 18. *l ſi inter.* 21. §. 1. *de pignor. l. ſi creditor.* 28. *in pr. de pign. act. l. ſi quis.* 36. *in pr. de noxal. act. l. quæ prædium.* 6. *Cod. ſi res alien. l. debitor.* 59. *in pr. vers. videamus. ad Trebell.* Illud jam attigimus, quod quaſi Seruiana dicatur etiam vtilis. *l.* 1. *C. comm. de legat l.* 1. §. 2. *de pignorib. l.* 1. *in pr. Quib. mod. pign ſolu.* & introducta ad exemplum Seruianæ, *in l.* 1. *inf. Cod. de precar.* & vide de hac re & *Neguzant. p.* 8. *memb.* 1. *n.* 8.

Ca-

CAPVT XI.

De requiſitis actionis hypothecariæ.

1. *In Seruiana requiritur, hinc jus creditoris, hinc poſſeſſio rei.*
2. *Probandum rem fuiſſe in bonis debitoris.*

NAtura hæc eſt actionum in rem ordinaria, vt perſequantur rei reſtitutionem, vigore juris, quod actor in re habet. Itaq; duo principalia, quæ extrema vocant Dd. ad huiusmodi actionem conſtituendam requiruntur: Ex parte actoris, jus tale, ob quod rem ſibi reſtitui petere poſſit: Ex parte rei qualitas eiusmodi, vt rem reſtituere poſſit, & nimirum vt habeat poſſeſſionem, ſiue etiam detentionem: Hæc tractanda quoque ſunt in actione Seruiana ſeu quaſi: nam pro recuperanda aut adipiſcenda poſſeſſione competit: ſiue creditor numquam poſſeſſionem, conſtituta ſcil. hypotheca habuerit, ſiue poſſeſſionem rei pignoratæ amiſerit. *l. grege. 13. §. 3. in f. de pignor.* qua in re miror, grauiter lapſum Cuiac. *in recitationibus ad rubr. Cod. de pignor.* vbi ciuilem actionem competere ſcribit, in caſu quo poſſeſſio rei pignoratæ amiſſa eſt; quoniam conſtitutum hîc ſit pignus per contractum juris ciuilis. Quæ ratio nulla eſt, quia conſtat, ex contractu iſto naſci pignoratitiam actionem perſonalem: neque ex eo actio in rem pro perſequendo pignore amiſſo oriri poteſt: Sed eſt ea ex Edicto prætoris planè ſi poſſeſſio rei quæ pignori fuit data, ad ipſum debitorem peruenerit, poſſit tum locus eſſe pignoratitiæ contrariæ, per ea quæ diximus in præcedd. *ex l. 3. & 22. de pignor. act.* Et cum igitur hæc competat actio, vt creditor rei poſſeſſionem conſequatur, oportet vt reus conuentus rem quoque habeat, vt eam reſtituere poſſit, ceteroquin fundari judicium non poſſit: quod ex Dd. quoque *Neguzant.* tradit *p. 8. memb. 3. num. 6.* Et verò nemo rurſus ei tenetur reſtituere poſſeſſionem, niſi qui auferendi & euincendi rem jus habet. Tale eſt autem jus quod creditor ex conſtitutione pignoris eſt adeptus, in quo hæc actio fundatur. Et jus hoc rectè oportet eſſe conſtitutum, vt videlicet ſubſit obligatio principalis & debitum. *l. nec creditores. 10. vers. vt autem. Cod. de pignor. act.* vt & res ſit talis quæ necti, & perſona quæ eam nectere potuerit, juxta ea quæ fuſius ſup. dicta ſunt. Inprimis huc repetendum reſt, quod vt obli-

gatio pignoris conſiſtat, oportet rem fuiſſe in bonis debitoris, aut
2 huic dominium vel tale ius quod hîc requiritur, ſuperueniſſe. Et in *l. 3. de pignorib.* gloſſa vult probari hac actione rem fuiſſe in dominio debitoris. Sed quia difficilis nimium hæc probatio eſt, ideo communiter hæc gloſſ. improbata, & eo itum eſt, quod oſtendere ſatis ſit, rem fuiſſe in bonis debitoris. Equidem ſupra probauimus, quod etiam illi, quos conſtat dominos non eſſe, rem obligare poſſunt, veluti Superficiarij, Emphyteutæ, qui dicuntur vulgò vtiles domini. Item qui tantum Publicianam habent: verum etiam extra hos terminos, vbi res ab eo pignori obligata vel data eſt, qui pro domino ſe vero gerit, etiam forte verus dominus eſt, juxta Dd. ſufficit, vt quis rem in bonis eius fuiſſe probet. Et hæc ſententia probatur in *l. 3. l. & quæ. 15. §. 1. de pignor. text. ad hoc in l. quæ prædium. 6. Cod. ſi res al.* quæ probat hanc fuiſſe partem actionis formulæ, quod res in bonis debitoris fuerit: vbi illud obſeruandum, quod dd. locis traditur, oportere vt res eo tempore, quo conuenit, fuerit in bonis debitoris, pertinere ad actionem directam: nam in vtili Seruiana, ſufficit probare, dominium poſtea debitori ſuperueniſſe, aut poſtea rem in eius bonis eſſe cepiſſe, juxta tradita *ſup. lib. præced.* quamuis iuxta ea quæ ibid. diximus, ſi res futuræ ſint pignori obligatæ, aut ſi obligatio hypothecæ generalis fuerit, pro rebus quæ poſtea debitoris factæ fuerunt, directa quoque actio locum habeat. Et notat tamen *Neguzant. ex Dd. p. 2. m. 4. n. 157. vers. tertio amplia.* in actione hypothecaria, qua legatarius contra heredem experitur, probari ſufficere, quod res à teſtatore ad eum peruenerit per textum *in l. 1. Cod. com. de legat.* Sed enim obtinebit hoc, vbi contra ipſum heredem agitur: itaque nihil hæc habet ſpeciale. Etenim Interpp. communiter ita diſtinguunt: quod aut creditor experitur contra ipſum debitorem, aut contra tertium poſſeſſorem. Illo quoque caſu allegandum, quod res fuerit in bonis debitoris, ſed non neceſſariò probandum, verum ſatis eſſe ſi oſtendatur, quod tum fuerit res poſſeſſa à debitore, & poſſeſſa nimirum pro propria, ex qua poſſeſſione præſumi ſolet dominium: cum debitor non poſſit negare rem fuiſſe ſuam, nec referre creditori quæſtionem dominii, cum hoc ipſo ſit allegaturus propriam turpitudinem, & ſeipſum mendacii conuictus, *arg. l. rem alienam. 41. in fin.*

in fin. de pignor. act. quæ ita & ex Dd. tradit *Neguz. p.* 8. *memb.* 3. *num.* 6. vbi tamen rectè addit, quod ſi ex generali obligatione creditor rem certam perſequatur, poſſit tum ſine turpitudine & crimine mendacii debitor allegare rem alterius eſſe & fuiſſe. Secundus caſus, quo agitur contra tertium poſſeſſorem, ſubdiſtinguitur: quod hic aut habet poſſeſſionem & cauſam à debitore, aut non habet; In caſu priori variant opiniones. Et quidam diſtinguunt inter cauſam & titulum, an ſit onerosus, an lucratiuus: vt ſi contra poſſeſſorem agatur, qui poſſidet & tenet rem lucratiuo titulo, ſufficiat ea probari, quæ, vbi contra ipſum agitur debitorem, probanda ſunt: Alii indiſtinctè hoc ſufficere putant, quoniam qui cauſam habet à debitore, vtatur jure eius, & fateatur quodammodo debitorem eſſe aut fuiſſe dominum. Sunt qui putant intereſſe, an poſſeſſor alleg
et titulum & cauſam autoris ſui nec ne. Bartolus autem putat, omnino & indiſtinctè opus eſſe, vt probetur hoc caſu, rem in bonis debitoris fuiſſe: & quod qui ab eo cauſam habet, non protinus neceſſe habeat agnoſcere, eum dominum fuiſſe, cum poſſit niti jure proprio, quod rem juſto titulo & bona fide acceperit & iſtam opinionem magis veram & communem eſſe ait: *Neguzant. p.* 8 *membr.* 3. *num.* 9. & 10. in quam ego quoq; magis inclino. Nihil enim hoc ad creditorem, quod poſſeſſor cauſam habet à debitore: cum ita jus ſit, vt nemo cogatur titulum ſuæ poſſeſſionis dicere, & in actionibus in rem abſoluatur poſſeſſor, licet nihil præſtet, ſi petitor & actor intentionem ſuam non impleat. *l. vlt. Cod. de rei vind.* Et in venditionem aliosque contractus rectè etiam deducuntur res alienæ, hactenus vtique, vt poſſeſſor potior eſſe debeat, donec alius legitimè probet, rem ſibi eſſe reſtituendam. Et ita quamminimum diſcedimus à jure noſtro, quo generaliter eſt diſpoſitum, probare oportere creditorem, quod res in bonis debitoris fuerit. *d. l.* 3. & *d. l.* 15. §. 1. *de pignor.* & *dict. l.* 6. *Cod. ſi res aliena.* Et nec dubitandum adeo eſt, quin ſi contra eum agatur, qui à debitore cauſam non habet, probari à creditore oporteat, quod in bonis debitoris res fuerit, quæ & communiſſima omnium opinio eſt, quoniam titulus pignoris tantum habilis eſt ad auocandam poſſeſſionem. Ergo poſſeſſor, qui titulum & fidem bonam habet, imo quiuis poſſeſſor vincet, niſi probetur, potentius jus habuiſſe debitorem

cuius

cuius quaſi jure vtitur creditor: & proinde probare neceſſe habet, quod probare oporteret ipſum debitorem, ſi poſſeſſori rem euincere vellet: v. latè hac de re tractantem *Salicetum in l. cum res. 5. C. ſi res aliena. num. 5. & ſeqq.*

Capvt XII.

De aliis qualitatibus actionis hypothecariæ.

1. *Actio Seruiana arbitraria.*
2. *Arbitrariarum actionum natura.*
3. *In actione Seruiana juratur in litem.*
4. *Non ſolum dominum jurare in litem.*
5. *Amplius ad l. 16. §. 3. de pignor.*
6. *Poſſe extra ordinem rem contumaci auferri.*
7. *Diuerſitas debitoris & alterius poſſeſſoris in æſtimanda lite.*
8. *In Seruiana an petitio debeat eſſe alternatiua.*
9. *Poſſeſſor qui ſoluit debitum abſoluendus eſt.*

DIſtinguuntur actiones in bonæ fidei ſtrictique juris. Nos in *Tract. de action. diſp. 6. in princ.* eam eſſe ſubdiuiſionem actionum perſonalium probauimus: vt parum ſubtiliter Dd. hanc actionem referant inter actiones ſtricti juris. Actio hæc arbitraria eſt, vt expreſsè docet Juſtinian. in §. *præterea. 31. Inſtitut. de action.*

2 Et de actionum arbitrariarum natura nos in *Tract. de Action. diſp. 7. & in exercit. noſtris ad Fabr. dec. 89. & ſeqq.* prolixè egimus & accuratè. Iſtud ſaltem huc repetendum eſt: Hanc fuiſſe actionum iſtarum formulam juxta quam prætor iudicem dabat. *Si apparet rem Titij eſſe,* (pono exemplum in rei vindicatione) *eaq; arbitrio ſuo non reſtituatur judex condemna.* Ad hunc modum, in hac hypothecaria actione prætor ita judicem dabat. *Si paret rem Titio obligatam eſſe, eaq; arbitrio ſuo non reſtituatur, condemna.* Itaque vbi probauit creditor rem ſibi obligatam rectè fuiſſe, iubet iudex rem reſtitui: quaſi interloquendo: cui ſi pareatur arbitrio, in eo ſubſiſtitur, quia vlterius quo progrediatur judex non habet, & definitiuæ tunc ſententiæ naturam arbitrium indicit. Quod ſi verò reus ſententiæ illi non pareat duplici remedio fit locus, alteri extraordinario, alteri ordinario. Huic quando

quando juxta formulam, & ſcilicet propter contumaciam in non reſtituendo, judex reum multat grauiori condemnatione: Atque ita ſi ei qui ſe probauerit rei petitæ dominum, reus non reſtituat rem, vel dolo fecit, quo minus poſſit reſtituere, condemnatur, quanti actor in litem jurauerit: Ita in metus cauſa actione, ſi reus non reſtituat rem, in quadruplum ob contumaciam condemnatur *l. item* 14. §. 1. *Quod met. cauſ.* Hæc autem actio hypothecaria ſimilis hac in re eſt vindicationi, quæ jure dominij inſtituitur: Reus enim non reſtituens, condemnatur, quanti creditor in litem jurauerit, vt habet expreſſus textus *in l. ſi fundus.* 16. §. *in vind.* 3. *verſ. ſed ſi velit. de pignoribus.* vbi nobis, ſed paucis (prolixius enim id alibi præſtitimus) defendendus contra Fab. nugas eſt *d.* §. 3. Et negat enim Faber in hypothecaria actione, poſſe locum eſſe ex ratione juris juramento in litem. Vtitur ille 16. *coniect.* 15, vnico hoc argumento, quod in litem jurare non poſſit, niſi qui jure dominij rem petit, ad quod adducit text. *in l. tutor.* 8. *in fin. de in lit. iur. l. non cum.* 9. *rer. amot. l. ſi filiofam.* 25. §. *maritum ſol. matrim.* ſed inepte ex textibus, quibus dominum ſcribitur in litem jurare, infertur, quod nemo præter dominum jurare in litem poſſit: cum nullibi ſit particula taxatiua, quod ſolus dominus jura & quanquam potiori jure dominus juret, propterea tamen neminem alium jurare poſſe, malè colligitur. Quin jure rationis eſt, vt in hoc genere actionum, qui rem contumaciter reſtituere recuſat, aliter & grauius condemnetur, juxta ſupra relatam formulam, *ſi res non reſtituatur condemna.* ſcilicet ad pœnam vel æſtimationem. Et cum æſtimatio, quæ fit à judice, fiat ex veritate, & quanti res eſt, non æquum eſt ita æſtimari rem, vbi reus contumax eſt, ſed ratio ſuadet, vt æſtimatio permittatur arbitrio actoris, quod fit per juramentum in litem. Porrò quòd non ſolum jure dominij in litem juretur, his rationibus & exemplis probatur 1. quod juratur in actionibus bonæ fidei, commodati, depoſiti, &c. quibus experitur quis & vincit ſolo obligationis & conuentionis jure, quæ eſt ſola non verò dominiũ eſt probandum. 2. quod in actione ex ſtipulatione, & ex teſtamento, quæ prorſus non competunt jure dominij licet non ſemper, tamen aliquando juratur in litem, in caſu *l.* 5. § *vlt. de in lit. iur.* 3. quod in litem juratur in actione confeſſoria *l. harum* 7. *ſi ſeru. vind.* Licet enim fingas aliquod dominium ſeruitutis, tamen hîc tantũ juratur ſuper eo quanti intereſt, cautum non eſſe *d. l.* 7. Porrò facit. 4. quod cum Interdicta nõ competant jure dominij, tamen aliquando in his juratur in litem

Cc *l. ſemper*

huc poſſidet, & juſſus non reſtituit, meminiſſe debebat Faber, quod eo ipſo loco & alibi paſſim, & in primis 16. *coniect.* 17. mutatum eſſe ſcribit jus vetus circa arbitrarias actiones, & introductum in *l. qui reſtituere.* 68. *de rei vind.* (hanc enim Triboniano adſcribit) vt non parenti poſſit & debeat res auferri manu militari, vel vt rectius loquar (neq; enim adhibentur milites) imperio prætoris. Neque vero abnuo, quin *d. l.* 16. §. 3. *de pignorib.* aut Triboniani, aut ab eo mutata ſit. Sed vt ſæpè dixi, ſtolidum eſt, diſputare contra deciſiones juris, licet maximè ſint Triboniani, aut omnes fere nouæ conſtitutiones Iuſtiniani erunt eliminandæ. Et cum igitur ita cenſeret Tribonianus, contumaci poſſeſſori rem eſſe auferendum à prætore, ideo in caſu rei adhuc poſſidentis juramenti in litem non feciſſe mentionem credendus eſt. Aut dixerim *verſ. priorem in d.* §. 3. *l.* 16. ipſius Marciani eſſe, in quo Tribonianus nihil mutauerit: nam in ſpecie ea, juramento in litem locum eſſe poſſe, illud euincit, quod ibi dicitur, condemnandum eſſe, qui non reſtituit: vt proinde efficiatur, cum jam juſſum fuiſſe reſtituere. Quod ſi condemnandus eſt, vtique in aliud, & adeo quanti actor in litem jurauerit: alioquin fatendum erit parum caute aut accurate locutũ eſſe Tribonianum & quod de condemnatione dicitur, de juſſu ipſe de reſtituendo eſſe accipiendum. Cetera quæ *d. loco* nugatur Faber contra *d.* §. 3. & rationes ibi propoſitas, nos in exercitationibus noſtris confutauimus. Iam vt ex hoc diuerticulo tandem redeamus in viam (quamquam iſta extra propoſitum non ſunt) iſtud ex duobus remedijs ſupra 6
propoſitis, eſt alterum, quod extraordinarium diximus, cum videlicet magiſtratus contumaci rem imperio ſuo per viatores aut executores curat auferri, & tradi actori. Et nimirũ cum id ita fieri actor petit: ſecundum quod, juramentum in litem aliquando eſt neceſſitatis, cum reus deſiit dolo poſſidere, vt in *d. l.* 16. §. 3. *verſ. ſed ſi. de pignorib.* aliquando electionis, vt cum reus poſſidet. Res enim non auferetur Reo, niſi ita volente & vrgente actore. Quod ſi autem actor malit jure ordinario jurare in litem, id ei non denegabit judex. Et, quidquid nugetur Faber, non pugnat cum ratione juris, vt quandoque malitioſo poſſeſſori, ex cauſa, petente actore res auferatur: quod olim etiam factum aliquando fuiſſe & fieri potuiſſe, probant aperſiſſimi textus in *l.* 1. §. 2. *Si mal. vent. nom.* (neque enim id præciſe ibi putandum eſt negari) *l.* 3. *in pr. Ne vis fiat ei*: Iam illud admonendi ſumus, quod aliter procedatur contra debitorem, quo ad qualitatem & modum condemnandi, 7

& aliter contra poſſidentem alium: nam hic quidem etiam vltra quam intereſt, creditoris, jurantis ſcilicet in litem, condemnari poteſt: ſed ille non vltra intereſſe creditoris: vt eſt in *l. ſi inter* 21. *de pignorib.* ſi quidem etiam quod priori caſu conſequitur creditor vltra id quod ſua intereſt, debitori reſtituere cogitur; & qua igitur ratione in plus condemnaretur ipſi debitor? cum hic non verſemur in terminis veri delicti. Et hinc eſt, quod ſi forte per errorem pluris fuerit condemnatus debitor, ex æquitate tamen liberetur, ſi ſoluat quantum debet, *l.* 16. §. *ſi pluris* 6. *de pignorib.* qua de re etiam *part.* 8. *m.* 2. *n.* 3. *Neguz.* agit, vbi addit, ſi creditor, qui agit contra debitorem, ſit ſimul ex alia cauſa chirographarius, poſſe & huius debiti nomine eum in litem jurare: quoniã res pignori obligata & reſtituta, etiam nomine huius debiti potuiſſet retineri juxta *l. vn. C. etiam ob chirogr. pecun.* quod ego vix puto admittendum, & quod de retentionis nudo iure nouè conſtitutum & diſpoſitum eſt, ad caſus diuerſos extendere temere nolim. Vt tandem finiamus apparet ex his, hanc eſſe agendi formulam, *Atorem mihi iure pignoris eſſe obligatam, idq; ita declarari & ob id rem mihi reſtitui peto.* Eſt enim actio in rem, quę adeo ad reſtitutionem rei eſt directa, de quo *v. & Neguz. p.* 8.
8 *m.* 3. *n.* 24. Et errant pleriq; pragmatici, qui putant petitionem contra tertium etiam poſſeſſorem, debere concipi alternatiue, vt vel res pignorata reſtituatur, aut pecunia debita ſoluatur. Etenim hæc eſt præſtatio perſonalis, ad quam obſtringitur debitor ex ipſo contractu & conuentione principali, adeoq; id alienum eſt ab actione in rem: hoc euidenti argumento, quod obligatio, vt ſoluatur debitum, hæret in perſona debitoris: nec poteſt adeo hæc petitio dirigi in poſſeſſorẽ, qui nihil cum creditore egit. Et vt maxime ponas actionem hypothecariam contra debitorem ipſum moueri, tamen non conuenitur ille hac actione qua debitor, ſed qua poſſeſſor, & vt reſtituat rem, quæ eſt huius actionis formula per ſupra dicta & *per l. ſi cum.* 66. *in pr. de euict. l.* 10. *in fin. de pignor. iunct. l.* 1. *de Salu. int.* Neq; obſtat, quod poſſeſſor debitum ſoluere poteſt, & ſi faciat, reſtituere rem non tenetur: Nam etiam extraneo quocunq; ſoluente liberatur debitor, & ita fit, vt ſoluta obligatione, actio Seruiana inefficax aut nulla ſit. Quod vel maxime procedit, vbi intereſt ei⁹ qui pecuniã ſoluit: & intereſt autẽ poſſeſſoris, vt rem penes ſe retinere poſſit. Prorſus ſoluendo quod petitori debetur, facit ceſſare huius actionis cauſam & fundamentum: vt recte tradiderunt
9 *Bart. Salicet. alii in l. ſi fundum.* 16. §. 3. *in pr. de pignorib.* vbi ait JCtus, ſi poſſeſ-

Digitized by Google

poſſeſſor pecuniam ſoluat, eſſe abſoluendum. Quem locum Faber impugnat impudenter *dec.92.cap.9.* & id ex vera ratione juris defendi poſſe negat. Nam licet (quod obijcit Faber) non ſit in formula vt judex jubeat pecuniam ſoluere: (quod tamen ſatis liquidum non eſt) tamen cum juſſus de reſtituendo & ſequens condemnatio, ſi non pareatur, fundetur in ſolo jure creditoris, quæ & prior potiorque pars eſt formulæ, conſequitur neceſſario, vt per ſolutionem jure creditoris extincto, qui amplius quid petat non habet, ſit abſoluendus Reus. Et cum Faber ipſe paſſim in ea materia, & rectè, cenſeat etiam reum qui reſtituit, juxta naturam arbitrariæ actionis eſſe abſoluendum, vtique etiam is debebit abſolui, qui pecuniam ſoluit creditori: & ita expreſſe in *§. vlt. Inſt. de perpet. & tempor. action.* ſcriptum eſt, quod conueniat judicis officio, vt abſoluat reum, ſi ſatisfecerit: quod impudenter Faber negat & contra eum §. prolixe non diſputat, ſed putidiſſime nugatur *decade 91.cap.8.* cui nos in exercitationibus ad eum locum ſatisfecimus.

CAP. XIII.

De diſtinctione huius actionis, & de fructibus in ea adiudicandis.

1. *Seruiana alia directa alia vtilis.*
2. *Ad l.12.§.5. Qui pot.*
3. *Defenſa l.16.§.4. de pign. cont. Fabr.*
4. *In actione Seruiana veniunt fructus poſt lit. cont. percepti.*
5. *Amplius ad d. l. 16. §. 4.*
6. *Ad fundandam actionem Seruianam, oportet, vt ius pignoris ſit præſens ad L. 14. §. 1. de pign.*

QVod prius membrum huius cap. attinet, ſupra diximus eſſe actionem Seruianam vel quaſi: Sed hic aliam diſtinctionem proponemus, & nimirum indirectam & vtilem. Monuimus ibidem, quaſi Seruianam etiam dici vtilem: quin & ipſam Seruianam ita dici, quatenus opponitur vindicationi ex jure Quiritium. Verum hîc ſenſu alio actionem vtilem & directam vſurpamus. Et vtilem nuncupamus, quæ deficiente vel etiam contradicente ſubtilis juris ratione, ex æquitate adcommodatur: cuius iterum plures ſunt ſpecies. Et vnum exemplum eſt, ſi pignus initio non rectè contractum, & v. c. res aliena obligata ſit, cuius dominium poſtea debitori ſuperuenerit, juxta

Digitized by Google

tradita *ſup.lib.*2. vtilis enim hypothecaria competit, quod ibidem pluribus explicauimus, & egimus de pugna, quæ eſt inter *l.* 22. *de pignorib.* & *l.rem.*41. *de pignor. act.* Alia ſpecies vtilis actionis eſt à perſona quæ pignus dedit, veluti ſi ſeruus fuerit. *l. naturaliter* 13. *in fin. pr. de cond. indeb.* Alia ob qualitatem obiecti, ſi nomen pignori datum ſit *l.* 4. C. *quæ res pign.* (ex eorum ſententia qui hanc hypothecariam eſſe cenſent, at nos actionem perſonalem probauimus intelligi) itemque ſi pignus pigno-
2 ri datum ſit *l.* 1. C. *ſi pign. pign.* Et huc eſt referenda ſpecies *l. creditor.* 12. §. 5. *Qui pot.* videtur. Nimirum ſi duo ſucceſſiue eandem rē pignori acceperint, & prior fecerit nouationem, jam fit & incipit potior eſſe ſecundus, (quia nouatione liberantur pignora *l.* 18. *de nouation.*) niſi prior nouando pignora repetierit: qui hoc modo dicitur ſuccedere, in ſuiipſius locum *l.*3 *in pr. Qui pot.* videlicet quo ad eam pecuniæ ſummam, quam initio ſub pignore credidit ante ſecundum. Quod ſi pecuniam enim aliam de nouo crediderit, licet in hanc quoque idem pignus acceperit, tamen quo ad iſtam poſteriorem pecuniam, non eſt ſecundo prior, quippe cui aliàs conditio iniqua inferretur, ſed poſterior: nam quod in locum ſuum ſuccedere dicitur, non poteſt eſſe verum, niſi quo ad jus pignoris, quod habuit antequam faceret nouationem, vt ſcil. hoc ipſi integrum conſeruetur, non autem vt in nouiter data pecunia idem conſequatur. Et hoc eſt quod ait JCtus *in d. l.* 12. § *ſi prior.* 5. *Qui pot.* poſſe quidem vendere pignus priorem creditorē, ſed vt primam ſolum expenſam pecuniam ferat, non eam quoq; quam poſtea credidit: id eſt, vt rei pignoratæ venditæ pretium imputet pro rata in pecuniam quam primò & prior crediderat, & ſi quid vltra eam ſummam ſupereſt, reſtituat ſecundo *d.* §. 5. *in fi.* nimirum conuentus vtili actione hypothecaria, at rectè exiſtimare videtur *Cuiac. in l.* 3. *Qui pot. ad librum* XI. *reſponſorum Papiniani*: & quod ſcilicet ſecundus creditor poſſit illa actione vtili perſequi reſiduum tamquam pignoris hyperocham de qua in *l.* & *quæ.* 15. §. *vlt. de pignor. l. pen. Qui potior.* licet Accurſius vtcunque ſubdubitans actionem in factum, ſed malè meo ju-
3 dicio, proponat. Quid de altero huius cap. membro ſit ſtatuendum, docet fere *l.*16. §. 4. *de pign.* ſed cogit nos inſignis impudentia Ant. Fabri, vt ea de re plura dicamus, & contra eius nugas jam *d.* §. 4. adferamus. Et circa fructus diſtinguunt Dd. duo membra: alterum de ijs, qui necdum actione Seruiana inſtituta percepti ſunt, & qui fere principaliter in actionem veniunt, & vel expreſſe vel tacite ſunt obligati,

de quo

Digitized by Google

de quo in *Tract. de Rebus ſup. lib. 2.* diximus. Secundum membrum eſt de
fructibus,dum actio hypothecaria agitaretur, perceptis, & qui non
niſi officio judicis venire poſſunt, & de quibus textus eſt in *d.l.16.*§.4.
de pignor. vbi illud præmittimus, quod ſanè alia ſit ratio in vindicatio-
ne in ſpecie dicta, ſi quidem fructus ſequuntur ſolum, quod vbi peti-
tor ſuum eſſe oſtendit, fructus quoq; ei reſtituendi ſunt: de qua re, (&
varie enim diſtinguitur,) alibi tractatur. Cauſa fructuum autem di-
uerſa eſt à cauſa pignoris, quod creditor perſequitur: & cum pignus
non conſiſtit niſi in re quæ fuit in bonis debitoris, & verò fructus à ter-
tio poſſeſſore percepti, debitoris numquam fuerint, jure pignoris ſa-
nè fructus perſequi creditor non poteſt, niſi vtili aliquando actione ſi
& ipſi pignori obligati adhuc extent, aut mala fide conſumpti ſint, vt
ſup. lib. 2. proprio cap. De fructibus. diximus *ex l.*1. §. 2. *de pignorib.* Et hac de
cauſa fortaſſis dicitur in *d.l.16.*§.4. quod *interdum* de fructibus debeat
arbitrari judex: & nimirum, vt reſtituantur, qui poſt litem cont. per- 4
cepti à poſſeſſore fuerunt. *d.*§.4. Contra quam ſententiam quæ diſpu-
tat *Faber dec. 93. cap. 1.* (præterquam quod contra apertam diſpoſitio-
nem juris ridicule imò ſtolide diſputatur) inepta, vana & friuola ſunt.
Diſputat ita vt 1. de creditore poſſeſſore, ſed inepte loquatur: quoniam
agendum ſimpliciter eſt de poſſeſſore: quod ſi enim forte ſecundus
creditor rem poſſideat, ille vbi prior creditor agit, non creditoris ſed
ſimplicis poſſeſſoris loco eſt, eique vt alij poſſeſſori res aufertur & di-
ſtrahitur. Præterea putidè cauillatur, quod bonæ & malæ fidei qua-
litates ad vſucapionum materiam tantum pertineant, *ibi, & dec.* 81. *cap.* 1.
Licet enim quo ad effectum dominij adquirendi vel non, illæ quali-
tates ad eam materiam tantum pertineant, & non habeant eo ſenſu
locum in domino (ita ponamus, quoniam etiam contra dominum
hypothecaria actio competit) attamen ſicut ex duabus cauſis res
euinci poteſt, jure dominij & jure pignoris: ita etiam hoc ſenſu recte
in mala fide eſſe dicitur, qui rem obligatam eſſe alteri nouit, & rem ex
hac cauſa ſibi auferri & vendi etiam poſſe nouit: & ſicut vna qualitas
bonæ fidei in his ipſis terminis prædicatur de poſſeſſore *l. ſi pignore* 22.
§.2. *de pign. act.* ita & alteram malæ fidei non minus prædicari poſſe ſe-
quitur. Et ob id locum etiam hîc regula reperit, quod poſt litem cont.
omnes poſſeſſores ſint pares, ad hunc effectum vt exinde fructus per-
ceptos reſtituere teneantur. Idque jus de reſtituendis fructibus, non
ſolum vbi quæritur de malæ fidei poſſeſſore, ſed & in aliis pleriſque
actio-

Digitized by Google

actionibus & perſonalibus & etiam ſtricti juris & in interdictis obtinet *l. videamus* 38. *per tot. de vſuris.* ex ratione *l. 2. eod.* & ratio ea generalis etiam in hac noſtra actione militat. Inepte autem obijcitur, quod ſuperuacuo quæratur de fructibus, quos creditor in ſortem imputare teneatur. Equidem fructus dicitur creditor imputare in ſortem quos ipſe percepit. Sed & inepta eſt conſequentia: creditor fructus imputat in ſortem: ergo non poteſt petere vt ſibi reſtituantur. Nã & quidquid aliàs creditor occaſione pignoris conſequitur ab alio, imputare tenetur, & nominatim, quod vltra id quod ſua intereſt, præſtat poſſeſſor, juxta *l. ſi inter* 21. §. *vlt. de pign.* Et vtile eſt creditori vt plenior fiat reſtitutio, tum propter vſuras & alias acceſſiones, tum vt ſi ex fructibus ſatisfieri poſſit, non ſit neceſſe diſtrahere pignus, quod multas habet ambages. Neque ad hoc vt poſſeſſor neceſſe habeat reſtituere fructus, oportet vt illi lucro cedant actoris, vt ridicule exiſtimat Faber. Videtur autem hic mouere ſcrupulum, quod iſta ſententia de reſtituendis fructibus poſt litem cont. perceptis, reſtringi videtur in *d.* §. 4. ad caſum quo res petita eſt minoris, quam ſufficere poſſit pro debito. Verum exiſtimo reſponſionem hinc ſumendam eſſe, tum quod hypothecaria actio eſt arbitraria, in qua arbitratur judex, quomodo ex bono & æquo ſatisfiat petitori: §. *præterea in fi. Inſt. de action.* itaq; ſi res aliàs ſufficiat, & ſit bonæ fidei poſſeſſor, facile à fructibus etiam poſt lit. cont. perceptis judex eum abſoluit, tùm quod verba *d.* §. 4. non ita ſint accipienda, quaſi ea omnino limitent ſententiam de fructibus poſt lit. cont. perceptis reſtituendis, ſed quod hoc afferatur pro exemplo, quo euidentior eſt rei æquitas. Et hæc ita obtinent vbi ſubſiſtitur in juſſu de reſtituendo, & nimirum enim ex ratione juris jubenda eſt res reſtitui cum fructibus poſt litem cont. perceptis. Ceteroquin vbi creditor jurat in litem tum de fructibus amplius non tractatur. Atque hæc
5 de fructibus poſt litem cont. perceptis. Additur in *fin. d. l. 16.* §. 4. *de pignorib.* quod de fructibus antea perceptis judex non poſſit pronuntiare, niſi extent, & res non ſufficiat. Ant. Fab. ibid. allatrat hoc quoque, ſed fruſtra. Etenim JCtus non ait, quod veniant iure actionis, ſed intelligit eos adiudicari officio iudicis, quod eſt laxius & latius in iſto genere actionum arbitrariarum. Nec mouet, quod in *l. 1.* §. 2. *de vſuris.* dicitur: ad iudicem non pertinere quæ poſtea accidunt, quem locum prorſus inepte Faber obijcit: quoniam loquitur de tempore quod ſequitur poſt condemnationem. Et magis ad iudicem non pertinet

tempus

Digitized by Google

tempus quod antecedit litem conteſtatam *l. ædiles 25. §. Item 8. de ædil.
ed.* vbi tamen additur, *non valde:* & id ſanè fallit in acceſſionibus: nec
dubitatur quin in rei vindicatione judex iubere poſſit vt etiam qui
exſtant fructus, reſtituantur. Et hæc ſufficiant: reliqua enim *in exerci-
tationibus ad Fabr. d. dec. 93. cap.* 1. diximus, neque ea huc transſcribere
libet.

Colophonis loco, his quæ de requiſitis & natura huius actionis
diximus, illud ſubijcio, quod forte primo loco ponendum erat, & in
quo eſt fundamentum iſtius actionis, ſicut & aliarum actionum: ni-
mirum oportere, vt ius pignoris ſit præſens: Et licet fundetur hæc a- 6
ctio in iure reali, tamen quoniam hoc ius ex conuentione & obliga-
tione naſcitur, & ipſam conuentionem puram & præſentem eſſe o-
portet. Et attigimus id ſupra *lib. 2. cap.* 1. æſtimari hoc 1. ex ipſa obliga-
tione principali, quæ ſi v. c. ſuſpenſa eſt conditione vel limitata tem-
pore, ipſa quoque hypotheca ita limitata intelligitur. Itaque ſi quis
pactus ſit ne intra annum pecuniam petat, de ipſa quoque hypotheca
idem pactus intelligitur *l. ſoluitur 5. §. 1. Quib. mod. pign. ſolu.* Et ſi quis ali-
quid debeat ſub conditione, licet ſimpliciter accepta ſit hypotheca,
interim locum hypothecaria actio non habet *l. res. 5. in fi. & l. grege 13. §.
vlt. in pr. de pign.* Deinde ex ipſa conſtitutione hypothecæ. Itaque licet
debitum ſit purum, tamen ſi conditio ſit adiecta conuentioni ſuper
hypotheca, ante conditionem exſiſtentem non rectè agitur, cum de-
claratione tamen, quæ eſt in *d. l. 13. §. vlt. in fin.* Idemque eſt in die. Et
verò ſi pactum de non petendo intra diem pecuniam debitam, poſtea
adiectum, iuxta *d. l. 5. §. 1. de ſolut. pign.* facit, vt ne intra diem poſſit agi
hypothecaria, etiam faciet & magis, ſi ipſa obligatio & conuentio ſi-
ve principalis ſiue de pignore, initio habeat diem. Facit *l. ſoluendo 4. de
diſtr. pignor.* & hactenus enim eadem ratio, perſequendi & diſtrahen-
di, quoniam iſta ſe conſequuntur, eſſe videtur. Et obſtat tamen his
non leuiter *l. quæſitum 14. in pr. de pign.* quæ etiam antequam venerit dies
penſionis, perſecutionem pignoris admittit. Diuinatorium eſt, quod
obiectioni huic reſpondent *Gloſſ. Bart. Salic. & alii*, ad caſum pertinere,
quo debitor eſt ſuſpectus: quandoquidem nec litera occurrit in *d. l.*
14. ex quo colligi iſta reſtrictio poſſit. Vix etiam dicere poſſis, eum qui
poſtea pactus eſt vt *in d. l. 5. §. 1. Quib. mod. pign. ſolu.* ſibi præiudicaſſe, &
à iure aliàs permiſſo receſſiſſe. Eſt enim hoc iuris communis, vt ante
diem non rectè agatur. An *d. l. 14.* reſtringimus ad caſum, quo oſten-

dere creditor poſſit ſua intereſſe? An ſpeciale dicimus eſſe in annuis penſionibus, de quibus loquitur *d. l.* 14. Et ita iuris eſt vt earum ſolutio in finem differatur anni, licet iam deberi cœptæ ſint. An forte actio contra debitorem ante diem negatur, ſed permittitur contra tertium poſſeſſorem: ſanè aliquatenus diuerſa hic ratio eſt actionis principalis perſonalis, quæ deſcendit ex obligatione, & hypothecariæ actionis, quæ poſſeſſionem nudam auocat: cuius perſecutio ob debitum quod diem certum habet, facilius ex cauſa poteſt concedi.

Capvt XIV.

De variis exceptionibus, quæ huic actioni obſtant: & primò de quibuſdam communibus.

1. *Exceptio ſoluti pignoris.*
2. *Exceptio ſublatæ obligationis principalis.*
3. *Exceptiones metus, doli.*
4. *Exceptio cedendarum actionum.*
5. *Exceptio oblati debiti.*
6. *Exceptio pignoris prius obligati.*

NAtura huius actionis explicata, iam de exceptionibus videamus, quæ huic actioni efficaciter obijci poſſunt vel non poſſunt.
1 Communis eſt exceptio & ordinaria, ſublati pignoris: Cum enim vt diximus, ius pignoris probare oporteat creditorem, eo ſublato, actio quoque tollitur hypothecaria. Et quibus modis pignus ſoluatur *lib.* 5. tractabimus. Repetendum autem hoc eſt ex loco communi: quod aliquid aut tollatur ipſo iure, aut per exceptionem. Et vbi obligatio ipſo iure ſublata eſt, proprie loquendo ipſi obſtare exceptio non dicitur, quæ præſupponit actionem. Sed aliquando verbo exceptionis abutimur, aut latius vtimur, vt & comprehendat exceptionem, quam facti aut intentionis appellant Interpp. quod præmittere voluimus, ſi
2 & nos alicubi ita largè vocabulo exceptionis vſi fuerimus. Alia exceptio generalis eſt, ſublatæ principalis obligationis: qua ſublata, & acceſſoriam tolli conſequens eſt, cum pignus in ſecuritatem debiti conſtituatur: vnde ſi quis ſe non debere iurauerit, liberatur pignus *l. ſi de-*

ferente

*ferente.*13. *Quib.mod.pignor. ſoluitur.* qua de re plenius, *infr lib. vlt.* tracta-
bimus,vbi referemus caſus ſingulares, quibus pignora durant & ma-
nent obligata,ſublata quamuis obligatione ipſa principali. Huc et- 3
iam refero exceptiones vulgares doli metuſve: Et de metu argumen-
tū in his terminis præbet *l.*4.*C.de pign.*ex qua liquet & iſtud, non ſuffi-
cere ad inducendum & probandum metum, quod quis neceſſitate
rei familiaris preſſus dedit pignus, ſine quo alter pecuniam credere
nolebat: vt hoc recte ibi explicat Accurſius. Eſt & exceptio cedenda- 4
rum actionum: Et nimirum vbi creditor agit contra tertium poſſeſſo-
rem, ſi hic offerat pecuniam, actiones ſuas cogitur ei cedere creditor,
aut ſi non faciat,excludetur per iſtam exceptionem actio Seruiana. Et
id Dd. limitant, vt procedat ſolum in iuſto poſſeſſore: qualis propo-
nitur in *l. mulier* 19. *Qui potior.* nimirum maritus, cui mulier in dotem
dederat fundum pignoratum, & poſtea eundem maritum heredem
cum aliis inſtituerat: contra quem ſi agat creditor, actiones ei cedere
tenetur. Hoc verò non eſſe tribuendum iniuſto poſſeſſori pleriq; ar-
bitrantur arg. *l.ſi culpa* 63. *iunct. l.*15. *qui* 69. *de rei vind.* licet aliud pla-
ceat Accurſio, quem nihil iuuat textus in *l. Paulus.* 12. *in fin. Quibus mod.*
pign.ſolu. quoniam hoc cuiuis poſſeſſori datum eſt, vt oblato debito,
hypothec. actionem poſſit excludere (id enim & quiuis extraneus
poteſt, vt ſoluat debitum & faciat ita ceſſare actionem hypothecariā)
ſed non protinus vt actio ſibi cedatur quiuis poſſeſſor petere poteſt.
Et ineptus hic eſt Neguz. qui *part.*5.*memb.*3.*n.*26. ſententiam Accurſii,
Bartoli & aliorum,quos ibi allegat & ipſe ſequitur, ait ineuitabiliter
probari ex *d.l. Paulus*: quod aliàs Paulus reſponderet de indubitabili,
cum etiam non poſſeſſor offerendo hypothecariam actionem ceſſare
faciat. Ergo,inquit, Paulus debet intelligi iure offerendi, ſimul & iu-
re petendi, vt cedantur actiones. Inepta,inquam,eſt iſta Neguz. illa-
tio, quoniam opponitur ibidem poſſeſſor conuentus hypothec. a-
ctione,aliis poſſeſſoribus, qui v.c. actione in rem quæ mouetur do-
minij iure, conueniuntur: & qui offerendo facere non poſſunt, quo
minus rem reſtituere teneantur: quod facere poteſt ille poſſeſſor, qui
actione hyp. conuenitur. Et hinc patet, huc etiam pertinere exce- 5
ptionem oblati debiti per *d.l.*12. §. *vlt. Quib. mod. pign.ſolu.* vbi additur
ratio, quod oblato debito, non amplius debeat quæri de jure poſſeſ-
ſoris: cum ſoluto per debiti præſtationem pignore ius petitoris ſub-
moueatur. Itaque rectè *Salicet.* tradit *in l.*5. *priusquam.* 8. *C. de diſtr. pign.*

excludi hanc actionem, ſi etiam conſtituto judicio offeretur: neque enim tum arbiter tamquam bonus vir æquum æſtimabit, vt res reſtituatur, ſed abſoluet poſſeſſorem. Qualis autem oblatio eſſe debeat alibi tractatur: & nos aliquid ea de re infr. dicemus, vbi de iure offerendi primo creditori, quod habet Secundus. Illud ſaltem addimus, poſſeſſorem iſtud jus offerendi, de quo hic tractamus, hoc effectu habere, vt excluſo actore retineat poſſeſſionem: alius autem non poſſeſſor, poteſt quidem ſoluere pecuniam, ſed vt propterea creditor ſibi pignore cedat, facere non poteſt: ſed hoc per conſequentiam efficit, vt debitor actione pignoratitia experiri poſſit contra creditorem poſſeſſorem. Et ei demum qui ius & dominium rei eſt conſecutus à debitore, hæc tributa eſt & conceſſa facultas, vt ita offerre poſſit, vt poſſeſſorem ſe poſſeſſionem transferre cogatur, quoniam iſte actionem habet propriam & nimirum rei vindicationem *l. ſi dominium 9. C. de pignorib.* Deniqúe addimus hîc exceptionem pignoris prius obligati, quæ proponitur in terminis in *l. creditor 12. in pr. Qui potior.* qua ſcilicet vtitur creditor prior hac actione conuentus, ſed non alius poſſeſſor, cui res obligata prius non fuit, ſed eum etiam creditor ſecundus vincit, & ab eo rem euincit *d. l. 12. in pr iunct. §. 1. qui potiores & l. ſi debitor. 12. de pignoribus.*

CAP. XV.

De exceptione rei judicatæ an obſtet huic actioni?

1. *Ad l. 3. in pr. de pign. & quod non obſtet exceptio ſententiæ inter debitorem & alium.*
2. *Niſi poſt ſententiam res ſit oppignorata ad d. l. 3. §. 1.*
3. *De re iudicata inter alios creditores ad l. 16. Qui pot.*
4. *De regula ſi vinco vincentem te, multo magis vinco te.*
5. *De exceptio rei pro creditore iudicatæ, ad l. 16. §. 5. de pignor.*

VTique ſi abſolutus ſit Reus à debito principali, obſtabit exceptio judicati creditori agenti actione hypothecaria: Nec dubie obſtabit exceptio ſententiæ, quæ contra creditorem lata eſt pro poſſeſſore. Sed non obſtabit exceptio iudicati & ſententiæ, quæ inter alios ſuper iure dominij aut pignoris lata eſt. Idque dupliciter. 1. vt non noceat exceptio rei judicatæ inter debitorem & alium, qui in dominij contro-

controuerſia ſiuę proprietatis ſuperauit debitorem, quę *l.3.in pr.de pign.* ſpecies eſt, cuius hæc ſumma: quod non noceat creditori ſententia lata contra debitorem, quo minus creditor agere hypothecaria & rem in bonis debitoris fuiſſe probare poſſit, ſiue ſingulari iudicio debitor ſuccubuerit, ſiue vniuerſali, cum tamquam heres rem hereditariam pignori obligaſſet. Et ibi *in verſ.atquin aliud*, dubitandi ratio eſt: quod ſententia dicta contra heredem teſtamentarium, præiudicat Legatariis, qui quaſi ab herede cauſam habent: Et ergo etiam non minus prę-iudicare debet creditori. Ratio decidendi eſt in *verſ.ſed creditor.* qui oſtendit diuerſitatem caſuum, & illic enim pronuntiatum intelligitur de iure teſtamenti: quo lapſo, ruere omnia ſimul neceſſe eſt: idque eſt quod ait JCtus, creditorem non per omnia benè comparari cum legatariis, & proinde ab his non rectè ad creditorem inferri. Quod quidem tam apertum eſt, vt mirari hic cogor iudicium Gothofredi qui in *d. l.3. de pignorib. verſ.ſed creditor*, pro *creditor* ſubſtituit, & reponit, *debitor*: cum præſertim non niſi inepte debitor cum legatario, qui non debitor ſed creditor eſt, poſſit comparari. Procedit hoc, vbi poſt oppignorationem rei debitor victus fuit (& ignorante ſcilicet creditore, ceteroquin fuerit fortaſſe aliud *arg. l. ſæpe.63.de re iud.*) & præcipue, ſi aliqua ſit ſuſpicio colluſionis inter petitorem & debitorem, *l. præter. 5. C. de pignor.* quam ita explicare oportet: non verò quaſi in colluſionis ſolo caſu, exceptio judicati non noceat creditori: Secus eſt ſi de- 2
bitor, poſtquam victus erat, rem pignori obligauit, quæ ſpecies eſt *d. l.3.§.1.de pign.* Titius, cum rem meam ab ipſo poſſeſſam vindicaſſem, per iniuriam iudicis abſoluitur: nihilominus ego poſt creditori meo illam eandem rem pignori vel hypothecæ obligo. Et hanc obligationem reſpondetur eſſe inefficacem, & quod creditori agenti exceptio ſententiæ obſter. Ratio dubitandi eſt in *verſ. tametſi.* quod Titius vtpote ſimpliciter abſolutus, non pronuntiatus etiam dominus rei, nullam habeat actionem in rem. Ratio decidendi, in *verſ.non enim.* quod hîc attendatur non jus victoris, ſed debitoris victi, à quo cum cauſam creditor habeat, non poteſt plus habere juris quam ipſe habet debitor, qui ſi ipſe iterum peteret, exceptione remoueretur: & cum ſententia habeatur pro veritate, non poteſt audiri creditor, vt maximè probare vellet rem fuiſſe in bonis debitoris, quæ quippe ipſi fuit poſt rem judicatam obligata. Atque hîc vnus eſt caſus, quo res judicata non obſtat creditori, judicata ſcilicet inter debitorem & alium, poſt-

 quam

3 quam jam fuerat pignorata. Alter caſus eſt, quo res judicata eſt inter alios creditores: ad quem caſum pertinet elegans & ſubobſcura ſpecies in *l. Claudius Felix. 16. Qui potior.* digna ſanè quæ latius & accuratius explicetur. Claudius Felix fundum ſuum tribus ſucceſſiue creditoribus pignori dederat. Primus cum actionem inſtituiſſet contra tertium creditorem, vel etiam conuentus fuiſſet, ſuccubuit, forte per iniuriam judicis, vt colligitur ex verbis, *cum primus de iure ſuo doceret*, vel poſſunt intelligi, cum ille de jure ſuo docere conaretur, & hoc ageret, vt jus ſuũ judici approbaret: vt nihil ſit neceſſe mutato textu cum *Cuiacio ad Paulum lib. 3. quæſt. ad d. l. 16.* legere, *cum non doceret*. Primus ita ſuperatus cum non appellaſſet, ſententia in rem judicatam tranſiuit. Inde mox ſecundus creditor contra tertium agens, victus & ipſe, appellauit. Quæritur quid in ſecunda inſtantia, quæ inter ſecundum & tertium creditorem agitatur, ſit pronuntiandum. Et videtur, quod vtcunque ſecundus creditor de jure ſuo doceat, ſe anteriorem eſſe, tamen tertius vincere debeat. 1. quoniam cum ſuperauerit primum, perinde habendum videtur, ac ſi ſua pecunia primum dimiſiſſet, & in locum eius ſucceſſiſſet, quo facto vinceret vtique ſecundum. 2. quoniam qui obtinuit contra primum, etiam debet obtinere contra ſecundum, ex vulgato illo. Quod ſi vinco vincentem te, multo magis vinco te. Et ex priori illa ratione fuiſſe qui pro tertio reſponderent, in *verſ. planè* refert Paulus: ſed ipſe reſpondet contrarium: & quod non obſtante ſententia lata inter primum & tertium, inter reliquos, & ita inter ſecundum & tertium ordo ſeruetur, minimè vero tertius in locum primi ſuccedat. Et hoc enim iniquum fore duplici exemplo oſtendit. Primum eſt in *verſ. pone primum.* Primus creditor egit contra tertium, & ſuperatus eſt: num propterea tertius aduerſus ſecundum rei judicatæ exceptione vtitur? vbi ponendum videtur, ne aliàs idem ſit exemplum cum caſu propoſito, quod hic primus propter aliquam exceptionem à tertio fuerit ſuperatus; vel altero caſu tertium egiſſe, in altero poſſediſſe, fingendum eſt: vel hoc ſaltem ſignificare Paulo propoſitum eſt, quod abſurdum ſit, vt exceptio rei judicatæ inter alios, alteri noceat, contra vulgatas regulas juris. Alterum exemplum eſt. Primus creditor egit contra tertium & ſuccubuit: mox ſecundus egit contra tertium & obtinuit, qui tertius obtinuerat contra primum: numquid hic ſecundus creditor vtetur exceptione rei judicatæ contra primum? quod ſanè conſequens eſſet, ſi ob id tertius poſſet excipere contra ſecundum

cundum, quia vicit primum. Et verò reſpondet Paulus. Nullo modo id admittendum: (quæ reſponſio ad vtrumque exemplum pertinet) & infert inde ad caſum in *pr. l.* propoſitum: quod tertius qui obtinuit contra primum, non debeat ob id potior eſſe ſecundo: atque ita negat tertium ſucceſſiſſe in locum primi: (aliàs enim diuerſum reſpondendum fuiſſet) nec obſcura differentiæ & diuerſitatis ratio eſt inter hunc qui vicit, & qui primo pecuniam ſoluit. Ideò enim ſoluit poſterior creditor, vt pignus ſuum confirmet, & hoc modo eius cui ſoluit jus in perſonam ſuam transfert: nec hîc fit iniuria v. c. ſecundo creditori, qui idem jus ſoluendi habet. Sed qui vincit, non ex alterius, ſed ex propria perſona vincit, nec cuiuſquam jus in perſonam ſuam transfert: nec alia ratione quam autoritate ſententiæ ſe tuetur, quam certum eſt, tantum his inter quos lata eſt, non aliis nocere. Atq; ita in *fi. d. l. 16.* concludit Paulus, quod ſine præiudicio ſententiæ prioris & contra primum latæ (quæ in ſuo vigore manebit) jus ſuum alteri creditori, & ſcil. ſecundo integrum ſit relinquendum. Sed circa hoc incidit ſcrupulus, quem in prima gl. mouet Accurſius, quod ita in iſta ſpecie res non ſit habitura exitum, & futura ſit in circulo & circuitu, & ex eorum numero, quo ἀντιςρέφοντα vocari ſolent. Siquidem enim, vti Paulus ſtatuit, nec victoria tertij contra primum, exceptionem tertio parit contra ſecundum, nec porrò victoria ſecundi, qua obtinuit contra tertium, ſecundo parit exceptionem contra primum, qui à tertio eſt ſuperatus, fiet ita vt ſecundus contra tertium, qui primum vicit, obtineat, & ei jure prioritatis rem auferat: rurſus primus agens contra ſecundum, itidem rem ei auferat jure prioritatis: & porrò primo huic rem auferat tertius, non jure prioritatis, ſed quia eum judicio ſuperauit. Et ita porrò Tertio Secundus, Secundo Primus, & huic rurſus Tertius, rem auocabunt, & ita progreſſus fiet in infinitum. Cujac. *ad Paul. in h. l. 16.* ita ſtatuit: vbi Tertius rem à Primo, Secundus à Tertio, & Primus rurſus à Secundo, euicit & abſtulit, ſiſti gradum, nec amplius Tertio contra Primum dari actionem: quoniam non ſit judicatum de jure pignoris, quis reuera potior ſit, quam potius de jure petitoris primi, quod ille non potuerit ſufficienter probare, & adeò non tàm quantum juris alterutri competat, deciſum, quàm potius ſimpliciter poſſeſſorem abſolutum fuiſſe: nam & ita poſſeſſor, ſi conuentus rei vindicatione non pronuntietur dominus, ſed abſoluatur ſimpliciter, poſſeſſione amiſſa in rem actionem non habet *l. 3.*

§. 1. de

§. 1. *de pign.* Ita in ſpecie noſtra tertius ille amiſſa & auocata à ſe poſſeſſione, contra primum actionem non habebit: ſed nec actionem in factum judicati, quia de jure eius judicatum non eſt. Hoc ipſum annotauit Accurſ. dum ait: ſi res à Primo ad Tertium, ab hoc ad Secundum, & ab hoc rurſus ad Primum redeat, contra hunc non amplius acturum Tertium, nec actione hypothecaria, neque actione in factum, quia ſatisfactum ei ſit ſemel reſtitutione rei in priori judicio. Diuinatorium tamen videtur, quod non ſit judicatum de jure Tertij, ſed hic ſimpliciter altero non probante fuerit abſolutus: & deciſio Pauli & ratio generalior eſt. Itaque *Donell. in Tract. de pign. cap. de iure poſter. cred.* putat eſſe circuitum inexplicabilem, & vnicum ſupereſſe remedium, vt Secundus qui à Primo conuenitur, ei pecuniam offerat. Et hoc quoque notauit Accurſius (quod ideo moneo, vt Lector, videat Neotoricos iſtos, ſeſe, quod tamen minimè videri volunt, diſſimulato nomine Accurſii ornare plumis alienis) *in dict. l. 16.* vbi hoc dat conſilium, vt Secundus à Primo conuentus offerat litis æſtimationem & ei pecuniam ſoluat: ita enim ſuccedit in Primi locum & ceſſabit circuitus, quia Tertius Secundum vincere non poteſt. Quod enim dicitur in *l. creditor. 12. in pr. Qui pot.* eum qui ſoluit æſtimationem ab alio creditore nihilominus conueniri poſſe, palam eſt ad extraneum poſſeſſorem pertinere, vtique non ad creditorem ante-
4 riorem. Quod autem attinet ad regulam ſupradictam, ſi vinco vincentem Te, multo magis vinco Te: procedit ea, vbi eſt eadem ratio vincendi, hîc autem diuerſitas duplex occurrit, tum prioritas, tum quod ſententia inter alios lata alteri nequit præiudicare: v. de hac re plura apud *Accurſ: itemq́, apud Neguz. p. 6. memb. 3. n. 43. quæſtione* 7. vbi ex Bartolo & aliis diſtinguit, an creditor Primus juſtè fuerit victus, an per iniuriam judicis, & in vtrumque caſum remedia ad euitandum circuitum proponit. Atque hi ſunt duo principales caſus, quibus non
5 obſtat judicati exceptio actioni hypothecariæ. Et igitur multo magis non obſtabit creditori exceptio rei pro ſe judicatæ, qui eſt caſus & textus in *l. ſi fundus 16. §. creditor. 5. de pignorib.* Videri poſſit ineptè dubitari, an exceptio hæc poſſit nocere ei pro quo judicatum eſt. Et tamen de eo potuiſſe dubitari, argum. præbet *l. euidenter 16. de exc. rei iud.* vbi JCtus ait, eſſe euidenter iniquum, vt hæc exceptio proficiat ei contra quem judicatum eſt: & forte rationem dubitandi fecit nouatio, quæ per ſententiam videtur induci *l. aliam 29. de nouation.* vel po-

vel ponendus eſt caſus creditoris agentis contra alium poſſeſſorem, qui rem inter alios judicatam objiciebat. Et facit huc *l. ſi à te. 9. §. 1. in fin. de exc. rei iud.* vbi dicitur, ſi objiciatur rei judicatæ exceptio replicari oportere, de re ſecundum ſe judicata. Et ita omnino ſi creditor, qui poſſeſſionem per actionem hypothec. conſecutus eſt, amiſſa poſſeſſione, rurſus eadem actione agat, (nec enim aliam habet) & ei objiciatur rem eſſe judicatam de re ſecundum ſe judicata debet replicare: quod & explicant benè *Bart. & Salicet. in dict. l. ſi fundus. §. creditor. de pign.* & ex ijs *Neguz. p. 8. m. 1. n. 45.* Remouendus hic eſt cauillus, quem contra *d. §. 5.* mouet. *Anton. Fab. cap. 10. decad. 92.* Ait, eo ſpectare *d. §. 5.* deciſionem, vt ne litis æſtimatio fiat, ſed ipſam hypothecam creditor conſequatur, & conſequendi hanc rationem proponi putat in *d. §. 5.* vt iterum poſt ſententiam creditor agat hypothecaria, & ſi poſſeſſor objiciat excepr. rei judicatæ, replicet petitor, rem ſecundum ſe eſſe judicatam. Quid ergò (inquit Faber) porrò fiet, ſi rurſus poſſeſſor condemnatus vere reſtituat hypothecam? Nimirum quia ſecunda victoria nihil amplius tribuit creditori quam prima, hypothecaria alia rurſus creditor indigebit, & ita progreſſus dabitur in infinitum. Ita Faber contra eum locum diſputat. Sed eſt ea inſignis cauillatio, nec quidquam neceſſum eſt, vt illi loco adfingamus ineptiſſimam ſententiam. Dico hoc velle Tribonianum (fingamus enim, vt vult Faber, ſcriptum hoc eſſe à Triboniano) poſſeſſorem condemnari, vel quanti creditor in litem jurauerit, vel creditori reſtituendam rem pignoratam adjudicari, ita vt in hoc arbitrio de reſtituendo ſubſiſtatur: quo caſu victo poſſeſſori, ſi reſtituere nolit, juxta juriſprudentiam Tribonianeam, vt vocat Faber, res militari manu aufertur, & in creditorem transfertur, qui proinde, contra quam inepte putat Faber, non opus noua actione habebit, niſi forte poſtea amiſerit poſſeſſionem: & tum rurſus actione hypothecaria & contra exceptionem rei judicatæ replicatione ſupra dicta vtetur: quæ eſt *d. §. 5.* ſententia.

CAP. XVI.

De exceptione dominij an obſtet huic actioni.

1. *Creditor vincit dominum.*
2. *Vſucapio an perimat ius pignoris?*
3. *Quid iuris, ſi rem vſucaptam euicerit creditor, & huic debitor ſoluerit, cuius ius potius ſit, an debitoris, an noui domini?*
4. *Vſucapione hodie perimitur ius pignoris.*
5. *Exploſa differentia Mozzij & Neguz. inter pignus & hypothecam.*

DVpliciter hæc exceptio non obſtat actioni hypothecariæ. 1. quando à debitore ipſo poſſeſſor dominium rei eſt conſecutus, quam ſcilicet titulo venditionis, donationis &c. accepit. Etenim, vt ſupra diximus, dominium rei pignoratæ manet debitoris, & non obſtante pignoris nexu in alium transferri poteſt, & nimirum cum onere pignoris, cuius jure & ipſi debitori, & nouo domino rem creditor euincit. Hinc eſt, quod ex duabus cauſis res euinci dicitur, jure dominij & jure pignoris, quod res aliena, & quod obligata fuit. Illam euincit rei
2 dominus, hanc euincit creditor, licet dominus ſit poſſeſſor. Deinde non obſtat exceptio dominij actioni hypothecariæ, quando quis rem jam pignoratam, juſto titulo ab aliquo accepit, eamq; legitimo tempore vſucepit: nam nec ita dominus factus, creditorē exceptione dominij adquiſiti repellere poteſt, idque conſtanter multis locis traditum eſt, quod vſucapione jus pignoris non perimatur *l. 1. §. 2. de pignoribus. l. præſes 5. l. vſucapio. 3. C. eod. l. iuſto errore 44. §. nom. mutat. 5. de vſucap. l cum poſtulaſſem 44. §. 1. de damni infecto.* Cui obſtare videtur, quod in aliena re, vt ſup. diximus, pignus non conſiſtat. Reſpondebo, perinde videri, vbi poſſeſſor, qui à debitore cauſam habet, dominus factus eſt, ac ſi ipſi debitori dominium ſuperueniſſet, & ipſemet vſucapionem impleſſet: & vt ipſe vſucapere maximè non potuerit, forte quia non habuit bonam fidem, tamen illud hic ſufficere debet, quod præbuit debitor poſſeſſori cauſam vſucapiendi: atque ita ad effectum hunc, vt poſtea confirmetur pignus, prodeſt creditori, quod reus fuit bonæ fidei poſſeſſor: ſicut ex aduerſo aliquando prodeſt debitori,

quodi

Digitized by Google

quod bonæ fidei poſſeſſor creditor fuit. *l. ſi pignore.* 22. §. *ſi prædo. de pign. act.* ſed neque neceſſe eſt ponere, quod res aliena pignori nexa fuerit, nam & res, quæ debitoris propria fuit, per tertium, ad alium peruenire poteſt, qui bona fide & juſto titulo ſi eam acceperit, vſucapione ſibi quærere dominium poteſt. Et hoc vtique caſu euincet rem creditor à domino. Verum, ſi debitor creditori adepto poſſeſſionem, pecuniam ſoluat, poterit rem à creditore repetere actione pignoratitia: quoniam ſoluta pecunia res jam eſt apud creditorem ſine cauſa, nec quidquam prætendere poteſt creditor, quo minus eam reſtituat debitori, quam & prædoni reſtituere cogitur *d. l.* 22. §. 2. *de pign. act.* Debitor enim non agit rei vindicatione, ſed ex contractu, nec adeo hîc obſtat, quod res fuerit aliena, vt ex Dd. notat *Neguz. p. 6. m.* 2. *n.* 17. Porro autem rurſus, qui rem vſuceperat, rem quæ reſtituta fuit debitori, ab hoc per actionem in rem dominij jure euincet, atque ita fiet circuitus quem notat Accurſius in *l.* 7. *C. de pignor.* vbi ſuadit dêbitori vt ſoluens creditori, faciat ſibi cedi jus creditoris. Sed ſanè circuitus hîc nullus eſt, vbi enim ſoluta pecunia rem debitor à creditore, & ab hoc rurſus auocauit dominus, ſiſtitur actio, quam amplius nullam vtpote ſoluto debito, contra dominum poſſeſſorem mouere creditor poteſt. Tractant hîc Dd. an non debitor aliquod habeat, qui forte fuit dominus, remedium, quo rem, quam alius vſucepit, & quam jam adeptus eſt, retinere poſſit, aut qua ratione conſequi, vt qui eam vſucepit excludatur. Et duplex quidem proponi video. Alterum eſt, quod jam ex Accurſio retulimus, vt debitor pecuniam ſoluens curet ſibi cedi jus creditoris, qui domino potentior eſt, & remedium iſtud probat & ſequitur *Neguzantius p.* 5. *memb.* 3. *n.* 44. *verſ. ſi tamen.* ſed parum iſtud ſapit: quin & ratio refragari videtur & æquitas. Et de actione perſonali non poteſt eſſe quæſtio, cum actio & paſſio in eodem ſubiecto non concurrant; & vtique nemo ſuipſius debitor eſſe poſſit: & vt Seruiana ſeorſim cedatur rationi non conuenit: cum & per ſolutionem extincto debito, actio hypothecaria nulla ſuperſit: neque hîc eſt admittendus color, (vtcunq; Neguz. illum defendi poſſe putet *p.* 6. *memb.* 2. *n.* 17. *verſ. ſed facit*) qui proponitur in *l. Modeſtinus* 76. *de ſolut.* vt pecunia tamquam ex cauſa emptionis ſoluta, & ita actio empta cenſeatur: vel quia rationi juris repugnat, vt hypothecaria actio ſola ſubſiſtat, vbi nullum eſt debitum, & præterea vt ipſe debitori detur: vel quia non debet eludi ratio juris, quia dominium per vſucapionem al-

Ee 2 teri

Digitized by Google

teri adjecit: iniquitas enim illa fuerit manifeſtior in caſu, quo ipſe debitor in alium tranſtulit rem quam pignori obligauerat. In quam rem faciunt, quæ diſputat *Donell. de pign. cap. vlt. ſub fin.* Remedium alterum eſt, vt debitor rem in ſolutum creditori relinquat. Quod meo judicio *Donell. d. loco* rectè improbat: quoniam res non eſt debitoris amplius, ſed jam per vſucapionem alteri quæſita: & verò dari in ſolutum non poteſt res aliena: & ſi detur, cum hoc ipſo vendi cenſeatur, debitor domino vtili neg. geſt. actione tenebitur *l. reſcriptum.* 12. §. 1. *de diſtr. pign. l. mater.* 3. *C. de rei vind.* vtiq; cum ita transferri à debitore non domino, in creditorem dominium non poſſit, jure pignoris ſoluto, dominus rei, quondam creditorem per actionem in rem poterit conuenire. Illud autem rationi & juri conuenit, vt qui vſucepit, creditori vtenti actione hypothecaria, offerat pecuniam & ab eo actionem contra debitorem ſibi cedi curet: quod benè notat *Salic. in l. vſucapio.* 7. *C. de pign.* vbi itidem tractat, an remedium aliquod habeat debitor, & magis in negantem ſententiam inclinat. Illud autem remedium pro domino qui vſucepit, vt offerat pecuniam creditori, hanc quoque vtilitatem parit domino: quod ſi aliàs creditor euictam rem pignoratam vendat, ei, qui vſucepit, actio erit inutilis contra emtorem, nec forte contra alium habebit regreſſum.

4 Quod autem diximus hactenus, per vſucapionem non excludi actionem Seruianam, videtur hodie eſſe ſublatum: ſi quidem hodie res tantum vſucapitur v. c. immobilis, decem aut viginti annis: cuius temporis præſcriptio olim excludebat agentem hypothecaria actione *l.* 1. & 2. *C. ſi adu. cred. l. vlt. C. de obl. & act.* Quod cum ſublatum non ſit, & per nouum jus Iuſtin. *l. vn. C. de vſuc. transf.* confuſo hactenus præſcriptionum & vſucapionum jure, res immobiles hodie non amplius biennio vt olim, ſed demum decennio aut vicennio quærantur, rectè dicemus hodie per vſucapionem perimi jus pignoris: & adeò per neceſſariam conſequentiam ſuprà citatos textus, quibus jus pignoris perimi negatur, eſſe abrogatos. Idemque hodie eſt tempus quo adquiritur dominium, & quo præſcribitur jure creditoris in pignore, videl. vbi pariter creditor & dominus præſentes vel abſentes fuerunt: de quo plura dicemus *inf. lib.* 5. *in quæſt. de ſolut. pignoris per præſcriptionem,* vbi etiam videbimus an hactenus ſit & fuerit differentia inter res mobiles & immobiles. Sanè non aliunde niſi à quantitate temporis ratio ſumi poſſe videtur: cur olim non vſucapione, quæ biennio, triennio abſoluebatur, ſed præ-

ſcriptio-

Digitized by Google

ſcriptione x. vel xx. annorum excluſa fuerit actio hypothecaria, vnde in *l.1.C.ſi adu. cred.* diuturnum ſilentium dicitur obſtare creditori, qui poſt x. aut xx. annos pignus vindicat. Et veriſſime *Treutl. de pign. th.7. in fin.* ait quod iſtis actionibus Seruianæ vel quaſi à bonæ fidei poſſeſſore, decem aut viginti annis præſcribatur. Et miror Hunnium qui ibidem in Reſolut ſententiam iſtam non parum à ratione juris aberrare & abhorrere pronuntiat. Et ipſe vero, quod etiam in terminis bonæ fidei poſſeſſoris, hæc actio demum xxx. annis finiatur, probari putat per *l. 7. in pr. C. de præſcr. trig. ann.* juxta quam hæc actio contra extraneos detentatores tanto tempore finiatur: in quam rem adducit *& l. 3. C. eod.* vt ex qua etiam actionibus in rem triginta demum annis præſcribitur. Sed apertè errat. Ita enim nec vſucapione antè Iuſtin. nec poſt eum, per x. aut xx. annorum ſpatium tolleretur actio in rem: quo nihil falſius eſt aut abſurdius: nec quiſquam dubitat, hanc eſſe *dd. ll. 3. & 7.* ſententiam, quod triginta anni ſint extremum illud, ad quod vſque omnes actiones (paucis exceptis) porrigi poſſunt, minime verò, quod omnes & ſemper tanto tempore viuant. Et præterea errat, dum reſpondet ad *l. 1. & 2. C. ſi adu. cred.* ibi non de actionum, ſed ipſius rei pignoratæ præſcriptione reſcribi. Etenim 1. propriè & ſubtiliter loquendo, præſcriptio, non rei ipſius, ſed actionis præſcriptio eſt, & exceptionem, quæ actioni opponitur, ſignificat. Deinde adquiſita re, neceſſum eſt actionem, quam jure dominij habet alter, extingui. Et hypothecaria actio quod olim exceptione dominii, & cur excluſa non fuerit, jam diximus. Ceteroquin ex ratione juris veteris oportet diſtingui inter adquirendi modos, an ſint ex jure Quiritium nec ne: Illius generis modus erat vſucapio, qua completa dominium alterius extinguebatur & ſimul ipſa actio. Poſterioris generis in prædiis prouincialibus erat adquirendi modus, qui dicebatur præſcriptio: ita vt ſupereſſet domino actio quidem directa contra poſſeſſorem, ſed quæ per exceptionem temporis elidebatur: & præterea poſſeſſione amiſſa vtilis actio dabatur *l. 8. in ſi. pr. C. de præſcr. 30. ann.* quæ ſanè Hunnius ignoraſſe videtur, dum rem præſcribi, & præſcribenti exceptionem dominij dari ait: tanto peius, quod hæc ad *d. l.1. & 2. C. ſi adu. cred.* accommodat. Item, quod ſimpliciter ait, quod rei vindicatio directa non niſi longiſſimo tempore finiatur: quod præſuppoſita vſucapione falſum vtique eſt, qua etiam poſita, neceſſe eſt ipſam actionem ipſo jure finiri; vt proinde & falſum ſit, quod re ad-

 quiſita

quiſita tantum in conſequentiam finiatur actio. Sed & ſi verum eſt, hoc ſaltem, quod actio per conſequentiam finiatur, vt ipſe ait: qua fronte reprehendere audet Treutlerum, qui ſimpliciter 10. aut 20. annis his actionibus præſcribi ait. Ita ſe res habet. Olim vſucapio breui ſpatio circumcluſa, & ob id non excludens Seruianam tantum in rebus mobilibus, & prædiis ſoli & iuris Italici locum habebat, non in prædiis prouincialibus (niſi quæ jus Italici ſoli accepiſſent) in quibus tamen placuit, non jure vſucapionis & dominij, ſed diuturnæ poſſeſſionis defendi eum, qui ſpacio 10. & 20. annorum bona fide rem & juſto titulo tenuerat: quandoquidem æquum viſum fuit, vt poſſeſſor poſt tantum tempus tandem eſſet ſecurus, & ſilentium, negligentia atque tam longa, domino nocerent. Itaque cum receptum eſſet, vt poſſeſſor tanti temporis licet non dominus, exceptione temporis defenderetur contra dominum, ratio non obſcura ſuaſit, eundem poſſeſſorem hac temporis exceptione defendi contra creditorem. Et nimirum vt poſſeſſori tertio vel extraneo hæc exceptio daretur contra creditorem: nam contra ipſum debitorem & eius heredem, durat actio hypothecaria 40. annis, vt quidem conſtitutum eſt in *l. 7. C. de praeſcr. 30. ann.* Quod an ſatis rationi conueniat, dicemus *inf. lib. 5. d. loco in*
5 *q. an præſcriptione pignus ſoluatur.* Auctarij loco ad hoc caput, addo, quod *Mozz. de pign. in pr. n. 19. Neguz. p. 1. n. 5.* circa præſcriptionem inter pignus in ſpecie dictum & hypothecam hanc differentiam proponunt: quod contra pignus non currat præſcriptio, at benè contra hypothecam. Sed ea nimis craſſa eſt diſtinctio & diſputatio: cum vltro ſit liquidiſſimum actioni, quæ per rerum naturam moueri non poteſt, & à non poſſidente contra poſſidentem nulla ratione præſcribi poſſe, vt de eo non niſi ineptè dubitari poſſit. Hunnius verò *ad Treutl. th. 1. in fin.* negat ſe hanc differentiam admittere poſſe, quia nullo jure ſit tradita. An verò probandum eſt, ſolem lucere in meridie? At enim inquit Hunnius, ſi creditor rei poſſeſſionem amiſerit, quid impedit, quo minus præſcriptio habeat locum. At enim quis de eo dubitat? Iam enim hoc modo pignus induit naturam hypothecæ. Et verò *Neguz. & Mozz.* ponunt caſum creditoris poſſidentis, non eius qui amiſerit poſſeſſionem. Et Neguz. hanc addit rationem, quod nihil poſſit imputari ii cur non egerit, cum rem ſemper poſſederit.

Cap.

Digitized by Google

CAP. XVII.

De exceptioue excuſſionis an & quatenus huic actioni obſtet.

1. *Etiam rem tacite obligatam olim potuit perſequi creditor, nondum convento debitore: & n. 6.*
2. *An opus ſit ſpeciali ſententia ſuper excuſsione, & an poſſeſſores citandi?*
3. *An opus excuſsione, ſi debitor rem lite pendente alienauerit ad auth. hoc ita C. de pignorib.*
4. *Quid in pignore in ſpecie dicto.*
5. *Quid in nominis pignore.*
7. *Quid in cauſis quibus ex æquitate proceditur & de plano.*
8. *Quid ſi debitor non poſſit excuti.*
9. *An creditor teneatur ſeruare ordinem inter poſſeſſores.*

IVre veteri antè Iuſtinianum exceptio hæc non obſtitit: verum ſicut illo jure ex duabus perſonalibus actionibus, quarum vna contra debitorem principalem, altera competebat contra fideiuſſores, libera electio creditoris erat: ita & eodem jure electionem habuit creditor, an morante debitore, ipſum perſonali actione, an poſſeſſores quotcunq; actione hypothecaria cõuenire vellet: vt firmant diſerte textus in *l. diſtr. 14. l. perſecut. 24. C. de pign. l. mulier. 19. Qui pot. l. vlt. C. de Ob. & act.* Nec obſtat huic ſententię, quod dicitur in *l. debitoris. 10. C. de pign.* de pri⁹ facienda denuntiatione: vel quod illa tantum neceſſaria eſt, vbi convenire ipſum debitorem vult creditor: vel quia, vt Accurſ. notat, id humanitatis tantum eſt, & vrbanitatis, non neceſſitatis: vel potius quia aliud eſt, vnde tantum denuntiare debitori vt ſoluat, & eum interpellare, vt conſtituatur in mora: citra quam vt hypothecaria actione res auocetur, merito non fuit permittendum: aliud, excutere prius debitorem inſtituta actione perſonali. Et hoc in quauis hypotheca obtinuit. Et errat nimis perſpicue Faber, qui ſcribit *decadè 5. err. 9.* ſecus obtinuiſſe in hypothecis quibusuis tacitis, nec poſſeſſores his convenire potuiſſe, ante debitorem principalem excuſſum. Sententia hæc falſiſſima eſt, per text. generalem in *d. l. perſecutione. C. de pign.* quæ ex ipſa natura hypothecariæ actionis confutatur: neque, dum colorem ſuæ 1

ſanctio-

ſanctioni *in* N. 4. quærit Iuſtin. id omiſiſſet. Neque juuat quidquam Fabrum *l. Moſtbus.* 47. *de iure fiſci*: nam ſicut plurimis priuilegiis fiſco cōſultum eſt, ne damnum ſentiat, ita vbi nullum periculum eſt damni, priuilegiis ſuis vti neceſſe non habet, nec vti ſolet, & fiſcus fere facilem executionem contra ſuos debitores habet, & propter ſuſpectam fiſci potentiam, non temere, vt à poſſeſſoribus res auferret, permittendum fuit. Et Impp. ita jus hoc ſtatuerunt, & ſub bono principe cauſa fiſci mala eſt. Et nimis puerile argumentum eſt, Fiſcus habens tacitam hypothecam prius debet agere contra debitores ſuos. Ergo omnes qui tacitas hypothecas habent, id facere tenentur. Porrò excutiendi prius debitoris antè fideiuſſoris neceſſitas, ideo à juris veteris ratione fuit aliena, quoniam electione alterutrius alter liberabatur, vt apparet vel ex *l. vlt. C. de fideiuſſ.* vbi. Iuſtin. & iſtud mutauit. Quæ tamen ratio in noſtris terminis ceſſat, ob naturam realis actionis: & adeo ceſſat, vt nec condemnato quidem reo tollatur actio hypothecaria, vt paulo poſt dicemus. Sed nihilominus Iuſtinianus putauit vt prius conueniantur cum quibus actum & contractum fuit, quam tertij poſſeſſores: Itaque non tantum debitorem ipſum, ſed etiam, ſi qui ſint, fidejuſſores, prius voluit conueniri, quam eatur ad rerum pignoratarum poſſeſſores *d.* N. 4. *cap.* 2. ex quia deſumpta eſt *auth. ſed hodie. C. de oblig. & act. & auth. hoc ſi debitor. C. de pignoribus.* Atq; hæc juris noui regula, habet tamen exceptiones, de quibus tractat prolixe *Neguz. p.* 8. *memb.* 1. *n.* 11. *& ſeqq.* Et quia res non indigna eſt, nos quæ proponit ibi, ſub examen vocabimus.
2 Initio *d. n.* 11. ampliat regulam, quod & ſuper facta excuſſione judicem oporteat pronuntiare, & fideiuſſores rerumq; poſſeſſores fuiſſe citatos. Ego iſtud rationi juris non conuenire puto. Et vult Iuſtin. vt prius agatur contra debitorem ipſum (ita enim excutitur) qui an ſit ſoluendo exitus judicij oſtendit, & ſi conſtet executionem contra condemnatum juxta præſcriptum modum jure & Legibus, fieri non poſſe, nulla alia hic ſententia opus, & creditoris intentio contra poſſeſſores ſitis eſt fundata, tantum abeſt, vt ad ſententiam ſuper excuſſione ferendam poſſeſſores ſint citandi. Porrò limitationes quas proponit Neg. communes ſunt aut propriæ. Communes dico, quæ etiam in fideiuſſionis cauſa locum habent: nam & per *d.* N. 4. fideiuſſores antequam poſſint conueniri, prius debitor principalis eſt excutiendus. Talis eſt limitatio, vulgo recepta, ſi debitor notorie non ſit ſoluendo de qua *v. Neg. & quos citat. Dd. n.* 14. Altera limitatio

eſt,

Digitized by Google

ceſt, *n.* 16. ſi contra ipſum debitorem vel huius heredẽ moueatur actio, quæ propter naturam indiuiduam pignoris, de qua ſupra, etiam contra vnum heredem in ſolidum moueri poteſt. Sed iſta limitatio, licet & proponatur ab *Accurſio in l. mulier* 19. *Qui potior.* parum ſubtilis eſſe videtur: quin reuera non eſt limitatio, cum *d.* N. 4. de extraneis poſſeſſoribus loquatur. Tertia limitatio indiget opera noſtra. Ea hæc eſt, ſi de- 5
bitor hypothecam alienauerit, lite contra ſe mota pendente: quomodo Dd. communiter accipiunt *auth. hoc ita. C. de pignor.* quæ deſumpta eſt ex *Auth. de litigioſis.* quę eſt N. 112. *cap.* 1. *verſ. ab hoc autem.* vt eum locum componant cum citatis antè textibus, ex quibus prius debitor eſt conveniendus. De illo enim, vt jam dixi, caſu *d.* N. 112. intelligendum eſſe cenſent, poſt *Iohannem gloſſ. in auth. hoc ſi debitor C. de pignor. & ibid. Salic. Azo in ſumm. C. eod. n.* 13. Et intelligere videntur litem contra debitorem cœptam ſuper hypotheca; ſed idẽ crediderim fore, ſi alia actione contra ſe mota debitor rem pignoratam alienauerit: vt hoc caſu nec finito judicio contra debitorem, creditor poſſeſſorem Seruiana actione cõvenire poſſit. Vtcunq; autẽ limitatio iſta vera videtur, non tamen vera videtur illa explicatio ad *d.* N. 112. *cap.* 1. Prohibet ibi Iuſtinianus vẽdi res litigioſas, & negat quod res pignori obligatæ ſint exiſtimandæ adfectæ eſſe hoc vitio litigioſi, itaq; eas rectè vendi à debitore: quod tamen ſi fiat, vult vt ex earum pretio creditori ſatisfiat: ſecundũ quod emptor hoc agere debet, vt curet pecuniam peruenire ad creditorem; quod ſi factum non ſit, creditori quodammodo fraus facta videtur, & vtiq; peccatum eſt contra *conſtitutionem d.* N. 112. & ob id juxta eũ protinus creditori actio hypothecaria contra emptorem datur. Quæ veriſſima eſt explicatio *d.* N. 112. *c.* 1. quam additio ad *gl. d. auth. hoc ſi debitor*, tribuit modernis: & ex qua patet, Dd. male eam N. explicare de caſu rei venditæ poſt litem motam contra debitorem. Et eſt verò hæc noua & elegans limitatio ad N. 4. vt hoc caſu non conuento debitore, liceat agere contra poſſeſſorem, ſed ſcilicet contra ſolum emptorem: & quidem, vt puto, qui ſciuit rem fuiſſe obligatam: neq; enim ipſi imputari alias poſſit culpa, cur ad creditorem pecuniam peruenire non fecerit. Et ex iſta explicatione *d. auth. de litigioſis* N. 112. apparet errare & eos, qui pro componenda *d.* N. 112. *cum* N. 4. vel inter hypothecam taci am & expreſſam, vel inter poſſeſſorem, an cauſam habeat à debitore vel non, vel etiam aliter diſtinguunt, vt inprimis ex ſupra citato Saliceto videre eſt. Illa limitatio quã *n.* 18. *loco* 5. refert Neguz. certiſſima eſt, 4
quod N. 4. non habeat locum in pignore in ſpecie dicto: & eſt mani-

 feſta

feſta ratio, quoniam ab initio ex conuentione poſſeſſio penes creditorẽ fuit, quam & amiſſam ſtatim perſequi poteſt: ſecundum quod & qui ex primo decreto immiſſus res detinet, amiſſa poſſeſſione vel detentione pro recuperanda ea protinus agere poteſt. Ex quo promanat & Neguz. quarta fallentia *n.* 17. quæ cũ priori fere eadẽ eſt, quod ſi debitor rem à ſe pignoratã, & quam precario à creditore rogauerat, alienauerit, creditori ſtatim actio Seruiana competat: ſiquidem non niſi rẽ à
5 ſe traditã precario rogare debitor poteſt. Sexta fallentia apud *Neguz. p. 8. memb. 1. n.* 19. eſt de nomine pignori obligato. Equidẽ *lib. 2. cap.* 8. *ſup.* magis probauimus, actionem vtilẽ, quæ ex hac cauſa competit contra debitorẽ, eſſe perſonalem: ſed ex hypotheſi ſententiæ illorũ, qui eam actionem vtilẽ hypothecariam eſſe putant, quin & omnino, cũ vtique & iure pignoris competat illa actio, res non caret dubitatione, an prius quam contra principalem actum eſt, agi poſſit contra eum, cuius nomen pignori eſt obligatum. Eſt ſcil. ea communis limitatio teſte Neguz. & eius hæc ratio redditur, quod ipſum ius nominis penes ipſum debitorem principalem reſideat. Sed & abſque hoc, conſiderandũ eſt, quod debitor nihil oppignorauit aliud in effectu, niſi ius agendi quod contra debitorem ſuum habet, non verò aliquid aliud, quod ita penes ſe habeat, vt ad alium facile tranſire poſſit, & quod vtique à perſona debitoris, cuius nomen obligatum fuit, abire non poteſt: vt proinde electio videatur concedenda creditori, vt agere & contra iſtũ poſſit debitorem, qui nec videatur prætendere quidquam poſſe, quo excludat iſtam actionem: cum ſoluendo exceptionem ſibi contra ſuũ creditorem paret, (vt ſupra, vbi hac de re & nominis pignore diximus, explicatum eſt) nec ad aliud conueniatur, quam quod ipſius creditor petere poteſt: vt ita videatur ceſſare ratio conſtitutionis *d. N.* 4. quæ noluit facile auferre poſſeſſionem eiuſq; commodũ tertio, (quod fit nõ ſine quadam iniuria) donec creditori alia ratione poſſit eſſe proſpectũ: & contra quẽ tertium debitor ipſe nullam forte habet actionem. Et huic ſententiæ fruſtra obiicitur *l. pen. C. quand. fiſc. vel priuat.* quæ loquitur de hypotheca generali, in qua licet etiã veniat nomen, non tamen ita adficit, atque vbi nominatim id obligatũ eſt. Minus obſtat *l.* 3. *C. de hered. actionib.* ſi quidẽ eo iure vxor nullã habuit hypothecam. Ex aduerſo tamen diſputari poteſt, quod præter ſtrictam iuris rationẽ, vtilitatis cauſa genus hoc pignoris receptũ ſit: itaque poſtquã iure nouo in pignore quod ſummo iure valet, prius excutiendus eſt debitor, difficilius videtur vt in iſta ſpecie pignoris abeamus à iure communi & rectà cõtra tertium

Digitized by Google

tertium demus actionem. Et probauimus ſupra, quod generalis quoque hypotheca afficiat res ſingulas, & nihilominus fiſco non permiſſum fuit, prius agere contra debitoris ſui debitorē. Quod ſi non licuit illo iure, quo creditor etiam in tertium quēuis poſſeſſorē agere potuit, non excuſſo debitore, multo minus licebit nouo iure: vbi tamen replicare poſſit, ſpeciale hoc fuiſſe in fiſco, qui, vt paulo ſuperius dixim⁹, contra tertios poſſeſſores, non conuento prius debitore, agere nō potuit. Sed contra rurſus, ſi ſimilis eſt tertio poſſeſſori, is cuius nomen pignori obligatū eſt, non poterit iure nouo cōuenire ante debitorē principalem. Apparet ex his vtramque ſententiā probabiliter defendi poſſe: itaque in dubio quidquid etiam diſputet *Salicetus in l. nomen* 4. *C. Quæ res pign.* (vbi late tractat.) putarim, communi opinioni eſſe adhærendū. Septimam, vt loquitur ipſe, fallentiam proponit *Neguz. n.* 20. ad materiam *l.* 2. *C. de pign.* ex qua qui generalem & ſpecialem hypothecā habet, prius cogitur experiri ſuper hypotheca ſpeciali, antequam res ſub generali contentas, & obligatas alii, perſequatur. Hoc procedere ait in creditore ſecundo hypothecario, non autem pertinere ad tertiū poſſeſſorem, cui res non ſit obligata. Id quidem veriſſimū eſſe puto: quoniam *d. l.* 2. nititur ratione æquitatis, quæ nulla occurrit in alio poſſeſſore. Sed etiam hoc puto, ineptam eſſe iſtam limitationem, ad regulā propoſitam *ex* N. 4. *c.* 2. juxta quam ante poſſeſſores debitor ipſe eſt conueniendus: nam ad hanc rem nihil pertinet, quod tractatur in *d. l.* 2. *C. de pign.* Et hic jam agimus de debitore & poſſeſſore: non de duobus poſſeſſoribus, vter ex ijs prior ſit conueniendus, de quo ſub *fin. huius cap.* aliquid dicemus. Sequens limitatio apud *Neguz. n.* 21. eſt, quod 6
in caſu tacitæ hypothecæ non ſit opus excuſſione: ſed ea haud dubie falſa eſt, & ab ipſo Neguz. rectè improbata, vbi refert communem opinionem, quod hactenus in vtraq; idem ſit iuris. Et non male monet, plus rationis eſſe, vt qui tacitam habet hypothecam, prius teneatur excutere debitorem: ſiquidem in terminis huius hypothecæ jam olim excuſſio fuerit neceſſaria per *l. Moſchis.* 47. *de iure fiſc. junct. l.* 1. *C. de conuen. fiſci deb.* Sed nos ſub initiū cap. monuimus, fuiſſe id ſpeciale in fiſco. Nona limitatio, quā Neguz. habet *n.* 23. quod mulier poſſit nō excuſſo marito conuenire poſſeſſores, ab ipſo Neguz. fere improbatur, & ea ſanè falſa eſt. Sicut & decima *n.* 28. ꝙ exceptio hæc ceſſet, vbi ſola facti 7
veritate inſpecta proceditur. Et ratio, quā reddunt, ꝙ exceptio iſta excuſſionis & ordinis nō cōueniat æquitati, ſed ſit de operib⁹ juris, vtcūq; pleriq; eam probent, vt videre eſt *ex Gail.* 2. *obſ.* 27. *n.* 27. *Mynſ.* 2. *obſ.* 15.

Digitized by Google

manifeſto falſa eſt. Nam in dubio reſcripta Impp. ſunt introducta, corrigendi veteris rigoris gratia: quod & in exceptione cedendarum & diuiſionis apparet. Nec dubium eſt, quin æquitatis ratio mouerit Iuſtinianum, quæ ſuadet vt potius debitor ſoluat, quàm vt poſſeſſio tertio auferatur. Et optime Baldus relatus à *Neguz. n. 30.* animaduertit, committi fallaciam homonymiæ in verbo *ordinis*: non enim de nudo ordine juris hic quæritur, ſed vt Bald. locutus eſt, de ordine partiũ. Ideoq; monet Neguz. poſſeſſorem, ne excipiat de ordine, ſed de intereſſe ſuo, quod ipſius interſit retinere poſſeſſionem. Sed iſta non ſubtilitas, ſed putida cauillatio eſt: quoniam judex ipſe facile intelliget, de quo ordine quæratur. Et hinc etiam intelligi poteſt, falſam eſſe eorum ſententiam, qui in cauſis, quibus de plano & ſummarie proceditur, negant huic exceptioni eſſe locum. Vndecima limitatio eſt, ſi ſuper debito confectum ſit inſtrumentum, quod vocant guarentigiatum. Sed eã
8 rectè improbat Neguz. quoniam nihil hoc ad poſſeſſorem. XII. deniq; limitatio eſt, ſi debitor non poſſit excuti, veluti ſi actio perſonalis jam præſcriptione XXX. annorum ſit finita. Verum vtiq; exemplũ hoc non rectè ſe habet: quoniam ſolùm contra debitorem & eius heredem actio hypothecaria durat XXXX. annis, non contra extraneum, qui vtiq; præſcriptione XXX. annorum tutus eſt. Rectius exemplum ponitur, ſi debitor tantum naturaliter ſit obligatus. Huiuſmodi enim obligationi rectè accedere pignus, ita vt & Seruianæ actioni ſit locus, ſupra *lib. 2. ca. 1.* diximus, & probat Salic. *in Auth. hoc ſi debitor. C. de pign. nu. 9. quæſt. 10.* Sed hæc de iſta exceptione plus ſatis. Cetera enim quando hæc exceptio ſit opponenda ex alia quæ communia ſunt fideiuſſoribus, non libet hic perſequi, & videri ea poſſunt apud *Neguz. p. 8. memb. 1. n. 34. &*
9 *ſeqq. Dd. in d. Auth. hoc ſi debitor. C. de pign.* Addamus aliquid, an inter ipſos poſſeſſores, qui res pignoratas tenent, aliquis ordo ſit ſeruãdus. Finge, debitorem plura prædia vni pignorata diuerſis temporibus alienaſſe, an tenebitur creditor actione Seruiana eum poſſeſſorem prius conuenire, qui breuiori tempore rem poſſidet, & in quem poſterius res tranſlata fuit? Quod ſanè negandum eſt, quoniam hoc ſolum exigit conſtitutio, vt debitor prius exigatur; ceteroquin nihil mutatum eſt. Et poterit igitur debitore prius excuſſo actione Seruiana creditor poſſeſſorem pro arbitratu ſuo, quemcumq; volet, conuenire. Ant. Faber *cap. 9. decad. 5.* grauiter hic lapſus eſt, qui cenſet ordinem hunc ſeruandum eſſe ab eo creditore, qui tacitam hypothecam habet, & hoc futiliſſimis argumentis. Solet, inquit, hominis prouiſio plenior quam Legis eſſe.
Tum

Tùm generaliter verum hoc non eſt: tùm inepte hac adcommodatur: cum textus generalis ſit *in* N.4.nec dari poſſit ratio vlla diuerſitatis: Et niſi quid nominatim exceptum ſit, eadem vis eſt hypothecæ tacitæ, quæ nec minus rem obligatam afficit. Ait 2.ſufficere, ſi qui tacitam habent hypothecam, non morentur in damno, nec permittendū, vt eodē jure vtantur, quo qui habent expreſſe res ſibi obligatas. Quæ putida petitio eſt principij, & aliàs idem in expreſſa hypotheca obtinere deberet. Et aperte ineptum, quin infanum eſt, quod ait, nec videri conſtitutam hypothecam tacitam, antequam & debitor, & poſſeſſor poſterior ſit excuſſus: cum præſertim, qui hypothecam tacitam habent, magis ſint fauorabiles, qui aut plane non, aut non æque commoda de hypotheca ſibi proſpicere poſſunt.

CAP. XVIII.

De Exceptione motæ perſonalis actionis & impenſarum.

1. *De ratione cumulandi actiones.*
2. *An poſſeſſor ob impenſas rem retinere poſſit?*
3. *An quæ impenſa ſunt & ipſa ſint pignori?*
4. *Ad §.ſi domus l.29 de pign.& l.44.§.1.de damn.inf.*

IVre veteri etiam qui jam conuenerat debitorem actione perſonali, potuit agere Seruiana contra tertium poſſeſſorem *l.vlt.C.de obl.& act.* idq; & inde confirmatur, quod etiam poſt ſententiam & condemnatum debitorem Seruiana actio potuit exerceri, quamdiu ſoluta pecunia non eſſet *l.quamuis.* 8.*C.de pignorib.l.grege* 13.§.*Etiam* 4.*D.eod.* At fortaſſe quis crediderit, inhibendam fuiſſe actionem hypothecariam, judicio perſonali pendente, non ſecus ac pendente poſſeſſorio inhibetur petitorium. Sed iſta ſunt diſſimilia: Ceteroquin nec mota perſonali actione, potuiſſet prætor acturum Seruiana remittere vt experiretur contra debitorem: quod contra eſt; neq; eſt poſſeſſoris, diſputare cum creditore de jure debiti, ſed vincet eum creditor, ſi ſibi rem obligatam pro debito rectè fuiſſe, probauerit. Itaq; apparet olim hanc exceptionem jam conuenti debitoris, opponi creditori non potuiſſe: adeoq; contra diuerſas quoq; perſonas cumulari actionem perſonalē & Seruianam potuiſſe per *d.l.vlt.C.de obl.& act.* ex qua & debitorē perſonali, & poſſeſſorem Seruiana, actione creditor ſimul conuenire poteſt. Sed poſtquā jure nouo prius excutiendus eſt debitor, non poterunt amplius iſtæ actiones cumulari, & cōtra debitorē qui agere cepit,

ante finem judicij, ſi moueat Seruianam, contra poſſeſſorē, exceptione repelletur. Sed ſanè contra ipſum debitorē hodieque iſti cumulationi erit locus, quod & ſatis expreſſe cautū eſt. N. 4. *c. 2. verſ. contra principales.*
1 Quæ autem ſit ratio cumulandi, alibi tractatur: hoc ſaltem breuiter & obiter addamus: Iure veteri, vbi duæ actiones ita concurrebant, vt vna non conſumeret alterā, quem Dd. concurſum cumulatiuū appellant, pluribus petitionibus & formulis opus erat: ita vt eſſet in arbitrio prętoris, an plures judices, an ſaltem vnū daret, quod in cauſis & actionibus, quæ connexitatē inter ſe habebant, probabile eſt factū fuiſſe. *arg. tit. de quib. cauſ. ad vind. iud.* Eo autē jure, quo ipſi magiſtratibus cognoſcunt & pronuntiant, recto & ratione juris veteris nō obſtante, (vt non nulli putant, qui hodiernā cumulationem à veteri concurſu cœlo toto diſtare imperite clamant) duæ actiones in eodem libello, qui tamen re ipſa & in effectu duplex eſt, corā magiſtratu rectè introducuntur. Et verò quid intereſt, an vna eademque ſcriptura, an duplici duæ proponantur actiones? Et ad iſtū modum ſimul cumulantur actio hypothecaria, & actio perſonalis contra debitorē. Quandoquidem per textus citatos ſupra, etiā condemnato debitore actioni Seruianæ locus eſt. Et ita condemnabitur debitor, & vt ſoluat pecuniā, & vt reſtituat creditori rē obligatam, quem tamen vt primū ſoluerit, quod debet, liberabit. Tractat de iſta cumulatione quædā & Neguz. *p 8. m. 1. n. 9. & ead. p. m. 2. n. 6.* Sed hæc ex loco communi & materia de cumulatione & cō-
2 curſu actionū petenda ſunt. Supereſt, vt, quod capitis inſcriptio pollicetur, de exceptione impenſarū videamus. Et an nimirum poſſeſſor ob impenſas in pignoratam rem factas, vſque dū illæ reſtituantur, rē retinere, & ita exceptione doli ſe poſſit defendere. Ratio videtur ſuadere meo quidē judicio, vt quæ exceptio domino vindicanti rem ſuam jure dominij objici poteſt, eadē & creditori vindicanti rē jure pignoris, & magis, objici poſſit. Et conſtat, quod vtique qui poſſidet rē bona fide omnino impenſas neceſſarias, quin & vtiles poſita exceptione doli deducere poſſit, nec reſtituere rē niſi deductis expenſis teneatur, Quod ex loco proprio repetendū huc eſt, ſicut &, quod de malæ fidei poſſeſſore ſub diſtinctionibus variis traditur. Vnū hic occurrit, quod in domino rem vindicante, & creditore actione Seruiana experiente, videatur differentiā facere. Nempè quod poſſeſſor rei pignoratæ remedium habet propriū, quo hypothecariam actionem reddere poteſt inefficacē: nimirum ſi pecuniam ſoluat creditori, quam debet, qui obligauit rem pignori. Atque hinc *Dd. relati à* Neguz. *p. 5. memb. 4. n. 21.* poſſeſſorē conuen-

Digitized by Google

conuentum,ſi in rem melioramenta fecit & impenſas, aiunt, debere reſtituere æſtimationẽ rei,ſed quanti ea eſt,deductis impenſis. Equidẽ ex hac opinione ipſa efficitur,quod impenſas imputare poſſeſſor poſſit.Sed in hac tamen doctrina deſiderari poteſt: tùm quod vtique diſtingui oportet inter bonæ & malæ fidei poſſeſſorẽ, ſi non quo ad neceſſarias,ſaltẽ quo ad vtiles impenſas,& qui ſciens rem eſſe obligatam impendit,non videtur exceptione juuandus eſſe,niſi quẽ forte mouere hic poſſit,quod dominus rei (& poſſeſſorẽ dominum eſſe ponamus) debet eſſe meliori conditione,qui & potuit ſperare, debitorẽ pecuniã ſoluturum,& ita rẽ pignoratam liberaturũ eſſe. Tùm deinde videtur illi ſententiæ conſequens eſſe,quod quilibet poſſeſſor liberetur, ſi æſtimationẽ rei offerat creditori:quã quorundam ſententiã citato loco improbat rectè Neguz.Etenim poſſeſſor debitum ſoluere debet, ſi rẽ reſtituere nolit.Et quid porrò,ſi poſſeſſor pecuniã quã offerat in promptu non habeat?Omnino negabo poſſeſſorem oblatione æſtimationis rei euitare poſſe reſtitutionem,quamuis ita ſimpliciter ſcribant *Bart.in l.in his 2.in addit. Cod. de præd.& omni re nauic. lib. xi. & poſt eum Iaſon in l. creditor.25.Si cert.pet.n.6. Paul. Caſtr. in l.ſi conuenerit 18. §.ſi fundus in fi. de pign.act. Molin. in conſu. Pariſ.tit.*1.§.1.*gl*.5.*n* 80.Et tamen fortaſſis illorum opinio hactenus admitti poſſit, in poſſeſſore qui impenſas fecit,vt electio ſit creditoris,an hanc æſtimationẽ accipere,an vero impenſarũ æſtimationẽ velit ſoluere,quã ſi offerat, omnino rẽ reſtituere poſſeſſor teneatur & iſta alternatiue ſcribit Molin. d.loco.Sed electio iſta ex ratione juris non poteſt defendi poſſeſſori, & rectè adeo ab iſta opinione,quæ electionẽ dat poſſeſſori,diſcedunt *Ioh.Garz.Tr.d.expenſ. c.* 18. *n.* 77.*Couarr.1.reſol.*8.*n.*2.*quos omnino vide.* Poſſit obijci, quod etiam ipſæ 2
acceſſiones,inter quas ſunt melioramenta,pignori teneantur,vt communiter Dd.adprobant *per l.ſi fundus in pr.&* §.1.*de pign. d. l.* 18. §.*ſi nuda. de pign. act.* Qua in re Molinei citato loco judicium deſiderari poſſit, quamuis,inquit,& ipſa melioramenta hypothecæ ſunt, nihilominus poſſeſſorẽ petere poſſe, vt impenſæ ſibi præſtentur. Quidquid n. hypothecæ obligatum eſt,id jure ſuo creditor perſequitur. Ideoque probarem potius Iaſonis,*in d.l.*25.*ſi cert.pet.* diſtinctionẽ, vt ſi quidem ipſe debitor impenſas fecerit, & ipſæ teneantur, ſecus ſi eas fecerit tertius poſſeſſor.Et tamen dici rectè poſſit pro Strolineo,quod pignori quidẽ etiam poſteriori caſu impenſæ teneantur, ſummo jure, cum acceſſiones ſequantur naturam ſoli & rei principalis, ſed æquitatis intuitu rem poſſit retinere poſſeſſor dum impenſæ ſoluantur: ſicut &

ædifi-

Digitized by Google

ædificium impoſitum à quocunq; poſſeſſore cedit ſolo, vt tamen nihilominus bonæ fidei poſſeſſor impenſas deducere poſſit. Et iſta ſententia probatur perſpicue ex *l. Paulus.29.§.domus.de pignor.* vbi JCtus ait, quod ſuperficies ſolum ſequatur; & quod tamen nihilominus poſſeſſor, vt ſibi impenſæ varia fide factæ præſtantur, petere poſſit. Atque ita
4 ſtatuendum eſt omnino; & ex *d.l.29.§.ſi domus.* probatur, quod Seruianæ actioni impenſarum bona fide factarum exceptio obijci poſſit. Sed obſtat fortiter reſponſum Africani in *l.cum poſtulaſſem.44.§.1. de damn. inf.* vbi JCtus hanc exceptionem ei, qui in ædes hypothecatas ex cauſa damni infecti miſſus eſt, concedit, ſed diſerte negat emptori, hac ratione adiecta, quod emptor gerat ſua voluntate negotium, ideoque ſibi cauere melius debuit à venditore. Varias explicationes hæc res peperit: Tres conciliationes ſunt apud Accurſ. vt vel inter emtorem ſcientẽ & ignorantem; vel inter rigorem juris & æquitatem; vel inter pretium & expenſas diſtinguatur. Verum poſterior hæc non conuenit iſtis textibus: Media re ipſa ſtatuit legum contrarietatem. Prior repugnat *d. textui, in l.44.* quoniam, vt eſt in *fi.§.1.* emptor DEBUIT ſibi cauere, vt ait JCtus, quæ verba arguunt etiam de emtore bonæ fidei & ignorante agere JCtum: poſſit alias ille locus intelligi de emtore ſupine ignorante, & qui nullam planè curam adhibuit: & ſupina ignorantia eſt inſtar ſcientiæ, vtique quo ad effectus non paucos pro ſcientia in legibus noſtris habetur *l.3.& 6.de iur.& fact.ign.l.15.§.1.de contr. emt.* atque ita juvari poſſit prima conciliatio: Ceteroquin profecto non video quomodo pugnantia illa loca conciliari poſſint. Nam quæ præterea adfert Accurſius in *d.l.44.de damn.inf.* & diſtinguit, an res melior facta fuerit nec ne: itemque, an ex neceſſitate domum quis ædificauerit, an ex voluntate impenſas fecerit, vix vllius ſunt momenti: ſicut nec admitti poteſt, quod ita vult explicari *d.l.44.§.1.* quaſi JCtus tantum ponat rationem diuerſitatis, inter miſſum in poſſeſſionem & emtorem, non autẽ propterea diuerſum decidat. Quod quidem expreſsè eſt contra literã. Et quod *Bart.in ead.l.44.§.1.* conatur ipſam literam, per neſcio quam diſpunctionem, huic ſententiæ adcommodare, reuera truffa eſt, quo nomine ipſe ceteras ſolutiones appellat: Et mire hic nugatur *Ioh.Garz. de expenſ.cap.18.n.57.* vbi illam explicationem prolixe conatur confirmare, & vnum ſaltem obſtare ait, quod ita mutetur diſpunctio: quam tamen obiectionem nullius eſſe momenti, intelligunt, qui jam pridẽ certis autoribus ſciunt, quod exemplar Florentinum nullas habeat diſpunctiones: nec quidquã fingi poteſt ineptius, quam vt contextus

in *d.l.*

in *d.l.*44.§.1.vſq; ad verbulum *Debeat* vno ſpiritu legatur, & tũ interrogationis nota ponatur. Sed in iſtiuſmodi nugis confutandis operæ precium non eſt immorari. Nec placet Cuiacij in *d.l.*44.*Tr.* 9.*ad Afric.* diſtinctio, inter expenſas refectionis, & impoſitionis noui ædificij. Et nimis ſecure agit, & penè imponit Lectori, dum hanc rationẽ reddit, quod impenſæ refectionis veniant in judicium de euictione. Et 1. ita ſequetur, quod nec dominus rem euincens cogatur impenſas refectionis reſtituere poſſeſſori: quod perſpicue falſum eſt. 2. nimis abſurdum ſit, vt ſi quis ædes antiquas vili pretio ſcienti vendiderit, ijs euictis cogatur judicio de euictione impenſas præſtare emptori. 3. non præſtat vẽditor judicio de euictione, quæ ſua culpa emptor amiſit, nec damnũ quod emtor ſua culpa ſenſit: atquin impenſas per retentionem communi jure ſeruare poteſt poſſeſſor: quod dum in hoc caſu negat Cujacius, principium petit. Video pro Africano hanc rationẽ reddi poſſe, quod ſi ædes manſiſſent penes debitorem, jam creditor eas omnimodo ſine refuſione expenſarum conſecutus fuiſſet: vt proinde jus eius non videatur deterius fieri debere per factum debitoris, & alienationem. Sed ea ratio tamen ſufficiens mihi non videtur: quoniam non obſtante jure pignoris licite rem alienat debitor: quamuis ſanè rẽ in ſpecie hypothecatam alienando furtum committere dicatur *l. ſi quis in pr. 66. de furt.* de cuiuſmodi hypotheca in *dd. textibus* agitur. Sed nec hoc tamen facere poteſt, vt ne bonæ fidei poſſeſſor conſequatur impenſas: cum rurſus in *dd. textibus* agatur de area & ædibus, quarum nõ fit furtum. Neq; ratio Africani in *d l.*44.§.1.*in fin.* ſatis concludet, cum quis juſte ignorare poſſit rem eſſe alteri hypothecatam, cum & malæ fidei poſſeſſor expenſas neceſſarias deducat. Et eſt tamen illa ſpecialis ratio in creditore, quod rem ſibi hypothecatam perſequitur, ſcil. talem qualis fuit tempore conſtituti pignoris, vt nihil ad eum videatur pertinere, quod impenſæ in eam factæ ſunt: Ex quo *Ioh. Garzius. d. Tr de expenſis cap.*18.*n.*64.*& ſeqq.* probat diſtinctionem Accurſij, an res melior necne ſit facta, quã ita explicat, quod vbi in area domus extructa eſt, manifeſto ſit melior facta cauſa creditoris, qui alias non niſi in area pignus habuiſſet de quo caſu agitur in *l.*29.*de pign.* ſed impenſæ refectionis non faciant meliorem cauſam creditoris. Mihi tamen non ſatis iſtud ſapit: quoniam in *d.l.*29. ponitur poſt obligationem domus exuſta, & à poſſeſſore in area noua domus poſita. Quod ſi tempus pignoris conſtituti attendimus melior conditio creditoris facta non eſt: tũ, & ſi poſſeſſor ædes non refeciſſet, eæ vtiq; ruiſſent, & adeo reficiendo

Digitized by Google

melior eſt facta cauſa poſſeſſoris. Et quod ipſe quoque ait, impenſas refectionis emtorem judicio euictionis conſequi poſſe, ex ſupra dd. dubium efficitur: & diſſimilis eſt caſus *l. Titius. 43. inf. de act. empt.* tum ab ſpecialem rationem impenſarum in erudiendis ſeruis, de qua re alibi, tum quod manumiſſioni & libertati mora facta eſt, qua de cauſa nihil à ſeruis emptor conſequi poteſt. Sed de his plus ſatis.

CAP. XIX.

Actionem hypothecariam in quouis genere pignoris habere locum.

1. *Quid in pignore prætorio.*
2. *Quid in antichreſi. Ad l. 11. §. 1. de pignorib.*

Poſita cauſa ponitur effectus, & poſito igitur pignoris jure, ponitur etiam hypothecaria actio. Itaque non intereſt, an quæratur de hypotheca in ſpecie dicta, an de pignore proprie ſumto, cuius ſit amiſſa poſſeſſio: & rurſus non intereſt, an conuentionale, an aliud ſit pignus: 1 an expreſſum an tacitum. Quin & locum habet pro pignore prætorio hypothecaria actio; quod oſtendit *l. 2. C. de prætor. pign.* quod ibi Salicetus & alij notant: & hoc argumento confirmatur, quod etiam actioni pignoratitiæ, qua debitor pignus huiuſmodi repetat, locus eſt: nec illi directæ tamen, ſed quia ſpeciale genus hoc pignoris eſt; & vtique non ex contractu vtili ſaltem *l. 5. §. quæri. 21. vt in poſſ. leg. Bart. in l. 1. de pi-*
2 *gnorat. actione. n. 5. & dicemus de hoc inf. lib. 5.* De antichretico pignore dubium mouet *l. 11. §. de pignorib.* quæ amiſſa poſſeſſione actionem in factum creditori proponit. At enim, quæ ratio eſſe poſſit, ob quam negetur Seruiana, quandoquidem vtique ita res vere pignori obligatur: cum & pignoratitia actio ſoluta pecunia proponatur debitori *l. ſi pecuniam. 33. de pign. act.* quamuis cum JCtus eo ipſo loco dicat, debitorem hoc verbo vti poſſe, innuat ſatis, ſummo jure actionem pignoratitiam non competere, & non eſſe verum & proprium pignus. Azo putat, quod non excluſa cenſenda ſit hypothecaria actio per *d. l. 11. §. 1. de pign.* vbi actio in factum datur: quod & ſequitur *Cuiac. 3. obſ. 35.* (vbi hæc leuiſſime attingit & nullo modo rem extricat) quibus quo minus aſſentiar, illud facit, tum quod nullibi & in alio genere pignoris actionẽ in factum proponi inuenio: tum quod facilimum fuiſſet JCto mentionem facere actionis ordinariæ hypothecariæ: quod & veroſimiliter feciſſet,

ciſſet JCt⁹ ſi illi locum eſſe exiſtimaſſet. An fortaſſis ſpecialitatis hæc ratio eſt, quod per antichreſin tamquã ex perſonali obligatione, tantũ adquiritur jus fructus percipiendi? Secundum quod ita erit *d.l.11.§.1. de pign.* explicanda, quod actio in factum detur non contra tertiũ poſſeſſorem, (actiones enim perſonales non ſunt reales) ſed contra ipſum debitorẽ, ad inſtar pignoratitiæ contrariæ actionis, vt rem eandem vel aliam vtendam præſtet, ſcil. poſt amiſſam poſſeſſionem eius rei, quam initio acceperat creditor. Sed nihil auſim adfirmare. Quod autẽ Dd. vulgò *in d.l.11.§.1.* intelligunt in factum actionem, ex interdicto. *Ne vis fiat &c.* naſcitur ex inepto errore, quem *ſup. lib.1.* confutauimus, quo putant ibi agi de prætorio pignore cõſtituto, per immiſſionẽ in bona.

CAP. XX.

De remedio poſſeſſorio, Interdicto Saluiano.

1. *An æquè latè pateat hoc Interd. ac Seruiana actio.*
2. *Ex quibus cauſis & contra quos competat.*

DIximus ſupra, remedium quo ſuccurritur creditori eſſe duplex, alterum reale, alterum perſonale: & illud rurſus duplex, petitoriũ, & poſſeſſorium, de quo, vt aliqua dicamus ſupereſt. Et eſt hoc propriũ remedium pro pignoribus perſequendis introductum: Hoc autem commune cum ceteris poſſeſſoribus creditores habent, vt interdictis v.c. retinendæ & recuperandæ poſſeſſionis vti poſſint: quod ſupra attigimus vbi egim⁹ de poſſeſſione creditoris: & notat *Neguz. p.3. memb. 1. n.31. in pr. & Acc. in l.3.§. creditores vti poſſid.* ab argumento poſſeſſionis, creditoribus Interdictum illud competere affirmat. Interdictum hoc ita à Saluio Iuliano JCto & Edicti perpetui collectore appellatũ eſſe *Cuiac. & VVeſemb. in parat.* putant: ſed quoniam JCtorũ non fuit, Edicta proponere & jura condere, ſed, interpretari jura, & formulas præſcribere; magis quendam pratorẽ eiuſdem nominis, autorem huius Interdicti fuiſſe, crediderim. Non congerimus neq; deſcribimus, quæ de hoc Interdicto *Dd. & inprimis Menoch. rem 3. adip. poſſ.* late tractant. Illud tantũ attingemus, quæ & præcipui momenti quæſtio eſt, an vſus huius interdicti pateat æquè late, ac Seruianæ actionis Effect⁹ magn⁹ eſt, quia 1
in Seruiana actione, q̃ inſtar eſt petitorij, ꝓbationes requiruntur accuratiores, cuiuſmodi nõ deſiderantur in Interdictis. Doctores frequentius in eã iuerunt ſententiã, vt directũ quidẽ Interdictũ tantũ ex cauſa

locationis, vtile vero ex quacunq; cauſa, & cuicunq; creditori, & contra tertium etiam poſſeſſorem competere putent, itaq; monent aduocatos, ne Seruiana actione, ſed potius Saluiano Interdicto experiantur & vtantur: quoniam in hac non ſit neceſſe, probare rem fuiſſe in bonis debitoris, ſed vincat, qui tempore obligationis debitorem poſſediſſe probauerit. *Iaſon in §. Item Seruiana 7. n. 85. & 94. Inſt. de action. Neguz. p. 8. memb. 3. n. 19. Idem Iaſon ibid. n. 102. Angel. ibid. n. 9.* Sed hæc ſententia, quod Interdictum hoc licet vtile æque pateat late ac Seruiana actio, ex ratione juris defendi prorſus non poteſt, quoniam ita plane tolletur vſus Seruianæ actionis: nemo enim non maller vti Interdicto, quam actione Seruiana: atque ita futilia inutilia & inania eſſent omnia, quæ tot locis de actione Seruiana, & quæ in ea probanda ſunt, tam accurate tractantur: adde quod iniuria ita manifeſtò inferretur poſſeſſoribus, quibus auferretur commodum poſſeſſionis: Imo euerterentur pene & omnia, quę ex plurimis juris textib' ſupra adduxim', quod in re aliena pignus non conſiſtat. Viderunt hunc ſcrupulum veteres Interpp: quem vt remoueat, producit *Neguz.* caſum, quo creditori neceſſaria ſit Seruiana actio, quando nimirum debitor tempore obligationis rem non poſſedit. Verum ita non ſoluitur nodus, quin imò totũ hoc ineptum eſt: quoniam ex hypotheſi quod debitor non poſſederit, multò magis inutilis & vana erit actio Seruiana, in qua oportet probari, non tantum poſſediſſe debitorem, ſed etiam, rem in eius bonis fuiſſe: quod præſertim ad caſum aliquem ſingularem, quæ de hypothecaria actione in LL. traduntur, reſtringere nimis ſit ridiculum: quid, quod in iſto caſu etiam Neguzantius ipſe interdictum vtile creditori concedit, quo experiatur nomine debitoris, quia debitor ipſe poſſeſſionem potuiſſet conſequi. Iaſon loco paulò ante dicto, *n. 91. 94. & 99.* tentari poſſe exiſtimat, quod in Saluiano interdicto vtili, quod in tertium poſſeſſorem datur, æque vt in Seruiana, neceſſum ſit probare, quod res in debitoris bonis fuerit. At enim cui igitur bono Saluiano Interdicto, & non potius Seruiana actione experiatur creditor? Sed præterea & repugnat iſta ſententia Interdictorum naturæ, & inepta ea eſſet vtriaſque actionis confuſio. Itaque iſta opinio omnino falſa eſt, vtcunq; eam & Weſemb. ſequatur *in parat. de Salu. Interdict.* nec Iaſon in ea adquieſcit, ſed tandem *n. 102.* eo delabi cogitur, vt putet nullam eſſe actionis Seruianæ vtilitatem, & quod forte primum eam introduxerit prætor, poſt autem Interdictum facilioris probationis cauſâ conceſſerit. Sed ſi ita eſſet, non de Seruiana actione tam multa diſputaſſent.

JCti,

JCti, qui Interdictum Saluianum non ignorarunt. Docent, quæ ha-
ctenus diximus, eſſe omnino falſam ſententiam Dd. quod Saluianum
vtile Interdictum, competat cuicunq; creditori & contra poſſeſſo-
rem quemcunque. Et mirari licet, quæ cauſa eos præcipites egerit, &
quę neceſſitas eos, vt ita ſtatuerent, impulerit, cum opinioni iſti confir-
mandæ nec vnicus textus adduci poſſit, nam & *t.t. de Salu. Interdicto.* lo-
quitur de colono, & rebus quas pignoris nomine in fundum condu-
ctum inuexit. Et textus *l. 1. C. de prec. & Salu.* nominatim de conductore
& debitore loquitur: ita quidem vt contra tertium poſſeſſorem inter-
dictum competere neget: quod ad interdictum directum inepte re-
ſtringitur: cum directa & vtilis actio effectu nihil differant *l. actio* 47.
de neg. geſt. & ita Impp. ibi de verbis non rebus reſpondiſſent: cum &
abſurdiſſimum ſit, textum ita interpretari, vt abſurdam & rationi re-
pugnantem opinionem inducas. Et quod attinet ad *l. 1. de Salu. Interd.*
illa loquitur de re, quam pro mercede obligatam colonus alienaue-
rat. Etenim cum hoc interdictum ex cauſa locationis & contra colo-
num nominatim introductum ſit, non eſt mirum ſi in eum poſſeſſoré,
qui à conductore cauſam habet, porrigatur. Et videtur igitur hoc in- 2
terdictum tantum competere ex cauſa locationis, contra ipſum con-
ductorem directò, contra tertium qui ab illo cauſam habet, vtiliter:
quæ eſt ſententia Donelli, qui *in l. 1. C. de Salu. interd.* verba, *debitoremve*
accipit declaratiue, quaſi tantum in conductorem, qui idem ſit debi-
tor, competat, ſed quoniam iſtud paulo durius eſt, dicerem, ex cauſa
quidem conductionis dari interdictum vtile etiam contra tertiũ poſ-
ſeſſorem: cauſam habentem à conductore, ſed ex aliis cauſis non dari
contra tertium poſſeſſorem, ſed vtiliter tamen dari contra debitorem,
& ita concurrere cum Seruiana actione, in qua ſi mouęatur contra i-
pſum debitorem, ſufficit probare, quod debitor tempore obligationis
rem poſſederit. Atque ita in magna varietate opinionum ſtatuam, In-
terdictum directò tantum dari in conductorem. Vtile dari tum ad-
uerſus poſſeſſorem qui à conductore cauſam habet, tum ex aliis cauſis
contra ipſum ſolum debitorem, v. de hac re *Neotericos, Monochium rem.*
3. adipiſc. poſſ. Cuiac. 5. obſ. 24. Vult. VVeſemb. & alios ad §. 2. Inſt. de Interd. Do-
nell. & Hottom. in l. 1. C. de precario. Sane Dd. ſupra relata opinio,
quam ego ex ratione juris falſam eſſe non dubito,
communis eſt, eamq; in foro ob-
ſeruari ſuo.

Cap. XXI.

De Extraordinario Remedio.

1. *An creditor propria autoritate pignus occupare poſsit? ad l.3.C.de pign.*

Communis Dd. ſententia eſt, ſi ita conuentum ſit, poſſe creditorẽ propria autoritate rem occupare & apprehendere eius poſſeſsionem: quomodo accipiunt *l.3.C.de pign.* Et ita enim eum locũ explicant, quod humanius quidem faciat creditor, ſi magiſtratum deſuper interpellet, ſed etiam abſq; hoc poſſe vti jure ſuo & vigore conuentionis rẽ occupare: adeo quidem vt multi reſiſtente debitore, adhibita vi id licitum eſſe putent, (quos refert & ſequitur *Salic.n.*10 *&* 15.*in d.l.*3.) quin & porrò idem & contra heredem & ſingularem ſucceſſorem licere arbitrentur *Salic d.loco, Neguz.p.*4.*n.*20. peruerſo judicio: cum hic nihil ſit niſi conuentio, cuius poteſtatem iſta longè lateq; ſuperant: & irregulare prorſus eſt, vt conuentio vires ſuas porrigat ad ſucceſſorem ſingularem. Itaq; recte alij hinc diſſenſerunt, quos citato loco refert Neguz. qui & ibidem *n.* 4. vtcunque pactum de ingrediendo interceſſerit, per vim ingredi debitorem poſſe negat. Et cum aliàs hoc vim pacti excedat, vt occupare poſſeſſionem liceat, nimis abſurde & contra rationem juris extenduntur, quæ potius reſtringenda ſunt. Bartolus *d.l.*3. *C.de pign.* ita explicat, quod creditor eo pacto id tantum conſequatur, vt poſſit nude ingredi & eſſe in poſſeſſione; ſed poſſeſſionẽ ipſam ſine autoritate magiſtratus aſſerere ſibi non poſſit. Quæ Bartoli ſententia, vtcunque non pauci eam probauerint, referente Neguz. *de pign. d.loco*, commentitia tamen eſt, & haud dubie à mente Impp. *in d.l.*3. aliena. Et paciſcentes ſane de eiuſmodi poſſeſſione haud dubie ſenſerunt, qualẽ aliàs creditor, vel ex traditione debitoris, vel poſſeſſoris, juxta ſententiam judicis conſequitur. Atque ita quidem Dd. noſtri ſentiunt. Ego crediderim hanc eſſe ſententiam *l.* 3. *C. de pign.* quod conuentio de ingrediendo hoc ſolum operetur, vt à vi creditorem excuſet, itemque à pœna *l.*13. *Quod met cauſ.* non autem hoc, vt juſtam & legitimam faciat adprehenſionem. Prorſus enim nemo dicere jus ſibi debet, & vitanda ſunt omnia, quæ turbis & concertationibus anſam præbere poſſunt: & pactum iſtud eiuſmodi eſſe, quivis intelligit: & iſto jure admiſſo, quivis creditor ita ſibi proſpiceret, ſiquidem egentes debitores, quaſlibet pactiones ad arbitrium creditorum admittere coguntur: & inſigne eſt

gne eſt

gue eſt decretum Marci *in l. extat. 13. Quod met. cauſ.* quod amittat jus debiti, quicunque ſine judice aliquid extorquet à debitore. Et prorſus iſta excedunt poteſtatem pactorum, & ad officium magiſtratus pertinent, & eius autoritate, quam priuato tribuunt, derogant. Et hanc interpretationem ipſa verba *d. l. 3. C. de pign.* ſuadent, I. *vim facere non* VIDENTVM, vt videlicet humaniter excutentur à crimine violentiæ, & pœna *d. l. 13.* ſi modo non vere vim adhibuerint. Deinde, *autoritate præſidis poſſeſſionem adipiſci* DEBENT, neque audiendi ſunt Interpp. qui verba illa impropriari volunt, vt opinionem ſuam ſtabiliant: cum potius, ſi quid obſtaret, verba eſſent improprianda, ne tam abſurda opinio introduceretur. Neque juuat Doctores textus *in l. cum creditor. 55. de furt.* vel quia ſaltem excuſatur à furto, vel quoniã ſpecialis ratio eſt, vbi à debitore res creditori tradita fuit. Nec mouet etiam *l. per ult. C. de pign. act.* in qua accipienda eſt conuentio, de voluntate debitoris durante & concurrente, & cum debitor permittit, vt auferat & occupet creditor rem pignoratam, vt factum proponitur in *l. qui rationi. 30. de pign. act.* Et his terminis poſitis, rectè voluntas iſta & conuentio, cum juſſu præſidali comparatur juxta *d. l. pen.* ſed non conuenit, vt initio vtiliter adijciatur pactum, cuius vigore poſtmodum aut inuito aut ignorante debitore liceat poſſeſſionem occupare. Nec quidquam huc pertinet vulgata regula, quod quæ initio ſunt voluntatis, poſtea fiant neceſſitatis, & quod quiſq; renuntiare poſſit juri ſuo: vel quia, vt iſta locum habeant, præſupponendum eſt obiectum habile conuentionũ, & renuntiationum: vel quia præſumptio contra creditores eſt alicuius extorſionis, neque libera voluntate eiuſmodi pactionis facere creduntur debitores, qui indigi pecuniæ nihil nõ admittunt: vel demq;, quia ſit ſane neceſſitatis, ſed non vt propterea ſola priuata autoritate & ſine juſſu magiſtratus fiat. Et poſſit forte hactenus indulgeri opinioni communi, vt creditor nõ habeat neceſſe vti actione Seruiana, ſed magiſtratus ad implorationem officij, ſi nihil habeat quod opponat debitor, protinus creditorem in poſſeſſionem mittat: qui ſatis magnus illius pacti effectus erit, vt inducat executionem paratam ſed audiendus erit vtiq; prius debitor: ſicut & audiendus eſt, qui obligatus eſt instrumento, vt vocant, guarentigiato, contra quod etiam non paucæ exceptiones, quas cumulat *Colerus in Tr. de proceſſ. execut.* admittuntur. Deinde hæc executio fiet tantum contra debitorem ipſum, quoniam vi pacti fit, quod vires ſuas nequit porrigere

gere in tertium poſſeſſorem. Poſſit hic obijci, quod valeat pactum debitoris, quo in euentum moræ obſtringat ſe ad carceres: & pactionem hanc enim juri conuenire *Mynſingerus putat 6. obſ. 51.* Sed falſam hanc ſententiam eſſe, poteſt intelligi ex prædictis: cum præſertim facilius longe ſit, & ferendum magis, vt debitore fatente, obligatione pignoris, creditor mittatur in eius rei poſſeſſionem, quam vt confeſſus etiam debitor, protinus in carcerem mittatur, cum jure noſtro alia remedia ſint præſcripta. Et incarceratio eſt mixti Imperij, cuiuſmodi quæ ſunt, ea pactorum & conuentionum obiecta non ſunt. Vt mirandum ſit, quoſdam eo abſurditatis prouehi, vt exiſtiment, poſſe poteſtate conventionis, qua ad carcerem debitor ſe obligauit, creditorem nec implorato magiſtratu, debitorem in carcerem detrudere: vtique quæuis obligatio eſt de dando aut faciendo: nec niſi ridicule, *Ire in carcerem*, ſub iſta facta, quæ ſunt obligationum obiecta, quis referre poſſit. Et rationes quibus vtitur Mynſ. d. loco, vaniſſimæ ſunt, quas exploſimus ad *Treutl. de fideiuſſ. th. 4. lit. F.* Et adeo peſſime Hunnius *in reſol. ad Treutl. de benef. credit. th. 5.* falſiſſimam pronuntiat. Opinionem eorum, qui debitorem negant ſe ad carceres obligare poſſe, & quam leuia ſint argumenta quibus mouetur, oſtendimus in *Tract. noſtro de Action. diſp. 3. th. 38.* Hoc addimus, ſententiam quam defendimus de carceribus, eſſe communem: atteſtante *Felino in C. ex reſcripto 11. de iureiur.* vbi plures allegat, & optimam addit rationem, quod contrahentes non poſſint facere, vt peruertatur ordo judiciarius, & initium fiat ab executione.

Caput XXII.

De iure vendendi pignoris ſiue hypothecæ.

1. *Pignus vendere licet, & contra pactum de non vendendo ad l. 4. & 5. de pign. act.*
2. *Coniectura de vero & proprio fine pignoris.*
3. *An tribus denuntiationibus opus & quando.*
4. *Etiam pignus antichreticum vendi poteſt.*

Fuerunt huc vſq; duo effectus pignoris: jus excipiendi, & jus agendi: Sequitur tertius, iſq; nobilior, & principalis, ſine quo ceteri futuri ſint inutiles, jus vendendi pignus, & rem obligatam. Ecquid enim creditori cetera profuerint, ſi vendere non liceat pignus? Et vtcunque poſt N. 4. c. 2. prius excutiendus ſit debitor, ſi hic tamen non ſit ſoluendo, finem pignoris, qui eſt ſecuritas debiti, ita tandem conſequitur creditor, dum ex pignore vendito ſibi ſatisfacit.

Et hine

Et hinc eſt, quod licet vendere pignus, quamuis de hoc nihil ſit conuentum: imò amplius vt vendere liceat, quamuis conuentum ſit, ne 1 liceat vendere pignus. Nam & hic, ſi modo prius legitimè denuntietur debitori, creditor pignus vendere poteſt per *l.1. in f. Cod. de pact. pignor. l. 4. & 5. de pignor. action.* Et errat Pinell. *ad l.2. Cod. de retr. vendit. part.2. cap.2.* dum putat valere pactum de non vendendo, ita vt nec interuenientibus & pluribus denuntiationibus pignus vendi poſſit, qui præter dd. textus refutatur expreſſo loco *Pauli 2. ſent. 13.* ubi licitam ait venditionem, poſt trinam denuntiationem, licet conuentum ſit, ne vendere liceat: Et prorſus inepta eſt Pinelli *ad d.l.4. & 5. de pign. act.* interpretatio. Decepit Pinellum, quod abſurdum videtur, non valere pactionem, liberè à creditore ſine vlla coactione & ſuſpicione fraudis initam, cum & juxta vulgatam regulam quisque juri pro ſe interducto renuntiare poſſit. *l. pen. l. de pactis.* cum ſimilibus. Et ſanè Dd. in reddenda iſtius juris ratione laborant. Plerique petunt rationem à publica vtilitate, quod nemo ſit mutuaturus, ſi non liceat vendere pignus, *gl. & alij relati à Neguz. p. 6. m. 1. num. 3.* Sed illa ratio valeret in debitore, qui indigens pecunia quiduis ſæpe cogitur paciſci. Sed cum creditor liberè det pecuniam, & vt det orari ſoleat, hæc ratio nulla eſt, cum creditor libera voluntate ita paciſcatur. Ratio vera ſumitur à fine pignoris, cui pactum iſtud repugnat, & finis iſte cum conſtituat eſſentiam pignoris, valere id pactum non poteſt. Nec ratio hæc remouetur, ſi dixeris creditori ſufficere poſſe perſonalē actionem: nam etiam nullo conſtituto pignore eadem actio cōpeteret, & autem pignoris oportet ſuum eſſe effectum. At enim ſi hoc ineſt pignoris naturæ, quid eſt, quod paſſim legimus, hoc expreſſe conuentum, vt pignus vendere liceret, adeo quidem, vt & vulgare hoc pactum vocetur: in quam rem ſunt textus, *l. vlt. de pignor. l. ſi neceſſarias. 8. §. vlt. de pign. act. l. 4. C. eod.* vbi vocatur pactum vulgare. *d. l. 8. §. pen.* vbi & monet JCtus quomodo iſta pactio ſit concipienda; vnde & ratio dubitandi ad *l. Creditor. 12. §. vlt. qui potiores.* an prior tempore ſit potior, ſi pactum de vendendo non ſit adiectum: quin furti dicitur teneri creditor, qui pignus vendit, cum de eo nihil conueniſſet, *l. ſi is. 74. de furt.* & quod citra conuentionem jus vendendi non habeat creditor, videtur colligi non obſcurè *ex l. 3. Quæ res. pign.* Quo referri poteſt, quod *Iuſtinianus ait in* §. 1. *Inſtitut. quib. alien. licet*: initio contractus pactum creditorem, vt ſibi pignus vendere liceat. Sed iſta non poſſunt facere, vt ma-

ædificium impoſitum à quocunq; poſſeſſore cedit ſolo, vt tamen nihilominus bonæ fidei poſſeſſor impenſas deducere poſſit. Et iſta ſententia probatur perſpicue ex *l. Paulus. 29. §. domus. de pignor.* vbi JCtus ait, quod ſuperficies ſolum ſequatur; & quod tamen nihilominus poſſeſſor, vt ſibi impenſæ varia fide factæ præſtantur, petere poſſit. Atque ita
4 ſtatuendum eſt omnino; & ex *d. l. 29. § ſi domus.* probatur, quod Seruianæ actioni impenſarum bona fide factarum exceptio obijci poſſit. Sed obſtat fortiter reſponſum Africani in *l. cum poſtulaſſem. 44. §. 1. de damn. inf.* vbi JCtus hanc exceptionem ei, qui in ædes hypothecatas ex cauſa damni infecti miſſus eſt, concedit, ſed diſerte negat emptori, hac ratione adiecta, quod emptor gerat ſua voluntate negotium, ideoque ſibi cauere melius debuit à venditore. Varias explicationes hæc res peperit: Tres conciliationes ſunt apud Accurſ. vt vel inter emtorem ſcienté & ignorantem; vel inter rigorem juris & æquitatem; vel inter pretium & expenſas diſtinguatur. Verum poſterior hæc non conuenit iſtis textibus: Media re ipſa ſtatuit legum contrarietatem. Prior repugnat *d. textui, in l. 44.* quoniam, vt eſt in *fi. §. 1.* emptor DEBUIT ſibi cauere, vt ait JCtus, quæ verba arguunt etiam de emtore bonæ fidei & ignorante agere JCtum: poſſit alias ille locus intelligi de emtore ſupine ignorante, & qui nullam planè curam adhibuit: & ſupina ignorantia eſt inſtar ſcientiæ, vtique quo ad effectus non paucos pro ſcientia in legibus noſtris habetur *l. 3. & 6. de iur. & fact. ign. l. 15. §. 1. de contr. emt.* atque ita juvari poſſit prima conciliatio: Ceteroquin profecto non video quomodo pugnantia illa loca conciliari poſſint. Nam quæ præterea adfert Accurſius in *d. l. 44. de damn. inf.* & diſtinguit, an res melior facta fuerit nec ne: itemque, an ex neceſſitate domum quis ædificauerit, an ex voluntate impenſas fecerit, vix vllius ſunt momenti: ſicut nec admitti poteſt, quod ita vult explicari *d. l. 44. §. 1.* quaſi JCtus tantum ponat rationem diuerſitatis, inter miſſum in poſſeſſionem & emtorem, non autē propterea diuerſum decidat. Quod quidem expreſsè eſt contra literā. Et quod *Bart. in ead. l. 44. §. 1.* conatur ipſam literam, per neſcio quam diſpunctionem, huic ſententiæ accommodare, reuera truffa eſt, quo nomine ipſe ceteras ſolutiones appellat: Et mire hic nugatur *Ioh. Garz. de expenſ. cap. 18. n. 57.* vbi illam explicationem prolixe conatur confirmare, & vnum ſaltem obſtare ait, quod ita mutetur diſpunctio: quam tamen obiectionem nullius eſſe momenti, intelligunt, qui jam pridē certis autoribus ſciunt, quod exemplar Florentinum nullas habeat diſpunctiones: nec quidquā fingi poteſt ineptius, quam vt contextus

in *d. l.*

in *d.l.* 44. §.1. vſq; ad verbulum *Debeat* vno ſpiritu legatur, & tũ inter-
rogationis nota ponatur. Sed in iſtiuſmodi nugis confutandis operæ
precium non eſt immorari. Nec placet Cuiacij in *d.l.* 44. *Tr.* 9. *ad Afric.*
diſtinctio, inter expenſas refectionis, & impoſitionis noui ædificij. Et
nimis ſecure agit, & penè imponit Lectori, dum hanc rationẽ reddit,
quod impenſæ refectionis veniant in judicium de euictione. Et 1. ita
ſequetur, quod nec dominus rem euincens cogatur impenſas refectio-
nis reſtituere poſſeſſori: quod perſpicue falſum eſt. 2. nimis abſurdum
ſit, vt ſi quis ædes antiquas vili pretio ſcienti vendiderit, ijs euictis co-
gatur judicio de euictione impenſas præſtare emptori. 3. non præſtat
vẽditor judicio de euictione, quæ ſua culpa emptor amiſit, nec damnũ
quod emtor ſua culpa ſenſit: atquin impenſas per retentionem com-
muni jure ſeruare poteſt poſſeſſor: quod dum in hoc caſu negat Cu-
jacius, principium petit. Video pro Africano hanc rationẽ reddi poſ-
ſe, quod ſi ædes manſiſſent penes debitorem, jam creditor eas omni-
modo ſine refuſione expenſarum conſecutus fuiſſet: vt proinde jus
eius non videatur deterius fieri debere per factum debitoris, & alie-
nationem. Sed ea ratio tamen ſufficiens mihi non videtur: quoniam
non obſtante jure pignoris licite rem alienat debitor: quamuis ſanè rẽ
in ſpecie hypothecatam alienando furtum committere dicatur *l. ſi quis*
in pr. 66. *de furt.* de cuiuſmodi hypotheca in *dd. textibus* agitur. Sed nec
hoc tamen facere poteſt, vt ne bonæ fidei poſſeſſor conſequatur im-
penſas: cum rurſus in *dd. textibus* agatur de area & ædibus, quarum nõ
fit furtum. Neq; ratio Africani in *d l.* 44. §. 1. *in fin.* ſatis concludet, cum
quis juſte ignorare poſſit rem eſſe alteri hypothecatam, cum & malæ
fidei poſſeſſor expenſas neceſſarias deducat. Et eſt tamen illa ſpecialis
ratio in creditore, quod rem ſibi hypothecatam perſequitur, ſcil. talem
qualis fuit tempore conſtituti pignoris, vt nihil ad eum videatur per-
tinere, quod impenſæ in eam factæ ſunt; Ex quo *Ioh. Garzius. d. Tr de ex-*
penſis cap. 18. *n.* 64. *& ſeqq.* probat diſtinctionem Accurſij, an res melior
nec ne ſit facta, quã ita explicat, quod vbi in area domus extructa eſt,
manifeſto ſit melior facta cauſa creditoris; qui alias non niſi in area pi-
gnus habuiſſet de quo caſu agitur in *l.* 29. *de pign.* ſed impenſæ refectio-
nis non faciant meliorem cauſam creditoris. Mihi tamen non ſatis i-
ſtud ſapit: quoniam in *d.l.* 29. ponitur poſt obligationem domus exu-
ſta, & à poſſeſſore in area noua domus poſita. Quod ſi tempus pigno-
ris conſtituti attendimus melior conditio creditoris facta non eſt: tũ,
&, ſi poſſeſſor ædes non refeciſſet, eæ vtiq; ruiſſent, & adeo reficiendo

melior eſt facta cauſa poſſeſſoris. Et quod ipſe quoque ait, impenſas refectionis emtorem judicio euictionis conſequi poſſe, ex ſupra dd. dubium efficitur: & diſſimilis eſt caſus *l. Titius. 43. inf. de act. empt.* tum ob ſpecialem rationem impenſarum in erudiendis ſeruis, de qua re alibi, tum quod manumiſſioni & libertati mora facta eſt, qua de cauſa nihil à ſeruis emptor conſequi poteſt. Sed de his plus ſatis.

CAP. XIX.

Actionem hypothecariam in quouis genere pignoris habere locum.

1. *Quid in pignore prætorio:*
2. *Quid in antichreſi. Ad l. 11. §. 1. de pignorib:*

POſita cauſa ponitur effectus, & poſito igitur pignoris jure, ponitur
etiam hypothecaria actio. Itaque non intereſt, an quæratur de hy-
potheca in ſpecie dicta, an de pignore proprie ſumto, cuius ſit amiſſa
poſſeſſio: & rurſus non intereſt, an conuentionale, an aliud ſit pignus:
1 an expreſſum an tacitum. Quin & locum habet pro pignore prætorio
hypothecaria actio, quod oſtendit *l. 2. C. de prætor. pign.* quod ibi Salice-
tus & alij notant: & hoc argumento confirmatur, quod etiam actioni
pignoratitiæ, qua debitor pignus huiuſmodi repetat, locus eſt: nec il-
li directæ tamen, ſed quia ſpeciale genus hoc pignoris eſt, & vtique
non ex contractu vtili ſaltem *l. 5. §. quæri. 21. vt in poſſ. leg. Bart. in l. 1. de pi-*
2 *gnorat. actione. n. 5. & dicemus de hoc inf. lib. 5.* De antichretico pignore du-
bium mouet *l. 11. §. de pignorib.* quæ amiſſa poſſeſſione actionem in fa-
ctum creditori proponit. At enim, quæ ratio eſſe poſſit, ob quam ne-
getur Seruiana, quandoquidem vtique ita res vere pignori obligatur:
cum & pignoratitia actio ſoluta pecunia proponatur debitori *l. ſi pecu-*
niam. 33. de pign. act. quamuis cum JCtus eo ipſo loco dicat, debitorem
hoc verbo vti poſſe, innuat ſatis, ſummo jure actionem pignoratitiam
non competere, & non eſſe verum & proprium pignus. Azo putat,
quod non excluſa cenſenda ſit hypothecaria actio per *d. l. 11. §. 1. de pign.*
vbi actio in factum datur: quod & ſequitur *Cuiac. 3. obſ. 35.* (vbi hæc le-
niſſime attingit & nullo modo rem extricat) quibus quo minus aſ-
ſentiar, illud facit, tum quod nullibi & in alio genere pignoris actionē
in factum proponi inuenio: tum quod facilimum fuiſſet JCto mentio-
nem facere actionis ordinariæ hypothecariæ: quod & veroſimiliter fe-
ciſſet,

ciſſet JCt' ſi illi locum eſſe exiſtimaſſet. An fortaſſis ſpecialitatis hæc ratio eſt, quod per antichreſin tamquã ex perſonali obligatione, tantũ adquiritur jus fructus percipiendi? Secundum quod ita erit *d.l.11.§.1. de pign.* explicanda, quod actio in factum detur non contra tertiũ poſſeſſorem, (actiones enim perſonales non ſunt reales) ſed contra ipſum debitorẽ, ad inſtar pignoratitiæ contrariæ actionis, vt rem eandem vel aliam vtendam præſtet, ſcil. poſt amiſſam poſſeſſionem eius rei, quam initio acceperat creditor. Sed nihil auſim adfirmare. Quod autẽ Dd. vulgò *in d.l.11.§.1.* intelligunt in factum actionem, ex interdicto. *Ne vis fiat &c.* naſcitur ex inepto errore, quem *ſup. lib.1.* confutauimus, quo putant ibi agi de prætorio pignore cõſtituto, per immiſſionẽ in bona.

CAP. XX.

De remedio poſſeſſorio, Interdicto Saluiano.

1. *An æquè latè pateat hoc Interd. ac Seruiana actio.*
2. *Ex quibus cauſis & contra quos competat.*

DIximus ſupra, remedium quo ſuccurritur creditori eſſe duplex, alterum reale, alterum perſonale: & illud rurſus duplex, petitoriũ, & poſſeſſorium, de quo, vt aliqua dicamus ſupereſt. Et eſt hoc propriũ remedium pro pignoribus perſequendis introductum: Hoc autem commune cum ceteris poſſeſſoribus creditores habent, vt interdictis v.c. retinendæ & recuperandæ poſſeſſionis vti poſſint: quod ſupra attigimus vbi egim' de poſſeſſione creditoris: & notat *Neguz. p.3. memb. 1. n.31. inpr. & Acc. in l.3.§. creditores vti poſſid.* ab argumento poſſeſſionis, creditoribus Interdictum illud competere affirmat. Interdictum hoc ita à Salnio Iuliano JCto & Edicti perpetui collectore appellatũ eſſe *Cuiac. & VVeſemb. in parat.* putant: ſed quoniam JCtorũ non fuit, Edicta proponere & jura condere, ſed, interpretari jura, & formulas præſcribere; magis quendam prætorẽ eiuſdem nominis, autorem huius Interdicti fuiſſe, crediderim. Non congerimus neq; deſcribimus, quæ de hoc Interdicto *Dd. & inprimis Menoch. rem 3. adip. poſſ.* late tractant. Illud tantũ attingemus, quæ & præcipui momenti quæſtio eſt, an vſus huius interdicti pateat æquè late, at Seruianæ actionis Effect' magn' eſt, quia 1
in Seruiana actione, q; inſtar eſt petitorij, ꝓbationes requiruntur accuratiores, cuiuſmodi nõ deſiderantur in Interdictis. Doctores frequentius in eã iuerunt ſententiã, vt directũ quidẽ Interdictũ tantũ ex cauſa

Digitized by Google

locationis, vtile vero ex quacunq; cauſa,& cuicunq; creditori,& contra tertium etiam poſſeſſorem competere putent, itaq; monent aduocatos,ne Seruiana actione, ſed potius Saluiano Interdicto experiantur & vtantur: quoniam in hac non ſit neceſſe, probare rem fuiſſe in bonis debitoris,ſed vincat,qui tempore obligationis debitorem poſſediſſe probauerit. *Iaſon in §. Item Seruiana 7. n. 85. & 94. Inſt. de action. Neguz. p. 8. memb. 3. n. 19. Idem Iaſon ibid. n. 102. Angel. ibid. n. 9.* Sed hæc ſententia,quod Interdictum hoc licet vtile æque pateat late ac Seruiana actio,ex ratione juris defendi prorſus non poteſt, quoniam ita plane tolletur vſus Seruianæ actionis: nemo enim non mallet vti Interdicto, quam actione Seruiana: atque ita futilia inutilia & inania eſſent omnia,quæ tot locis de actione Seruiana,& quæ in ea probanda ſunt,tam accurate tractantur: adde quod iniuria ita manifeſtò inferretur poſſeſſoribus,quibus auferretur commodum poſſeſſionis: Imo euerterentur pene & omnia,quę ex plurimis juris textib⁹ ſupra adduxim⁹,quod in re aliena pignus non conſiſtat. Viderunt hunc ſcrupulum veteres Interpp: quem vt remoueat,producit *Neguz.* caſum,quo creditori neceſſaria ſit Seruiana actio, quando nimirum debitor tempore obligationis rem non poſſedit. Verum ita non ſoluitur nodus, quin imò totū hoc ineptum eſt: quoniam ex hypotheſi quod debitor non poſſederit, multò magis inutilis & vana erit actio Seruiana, in qua oportet probari,non tantum poſſediſſe debitorem,ſed etiam, rem in eius bonis fuiſſe: quod præſertim ad caſum aliquem ſingularem; quæ de hypothecaria actione in LL. traduntur,reſtringere nimis ſit ridiculum: quid,quod in iſto caſu etiam Neguzantius ipſe interdictum vtile creditori concedit,quo experiatur nomine debitoris; quia debitor ipſe poſſeſſionem potuiſſet conſequi: Iaſon loco paulo ante dicto, *n. 91. 94. & 99.* tentari poſſe exiſtimat,quod in Saluiano interdicto vtili; quod in tertium poſſeſſorem datur,æque vt in Seruiana,neceſſum ſit probare,quod res in debitoris bonis fuerit: At enim cui igitur bono Saluiano Interdicto,& non potius Seruiana actione experiatur creditor? Sed præterea & repugnat iſta ſententia Interdictorum naturæ,& inepta ea eſſet vtriuſque actionis confuſio. Itaque iſta opinio omnino falſa eſt, vtcunq; eam & Weſemb. ſequatur *in parat. de Salu. Interdict.* nec Iaſon in ea adquieſcit,ſed tandem *n. 102.* eo delabi cogitur, vt putet nullam eſſe actionis Seruianæ vtilitatem,& quod forte primum eam introduxerit prætor,poſt autem Interdictum facilioris probationis cauſâ conceſſerit. Sed ſi ita eſſet,non de Seruiana actione tam multa diſputaſſent

ICti, qui Interdictum Saluianum non ignorarunt. Docent; quæ ha-
ctenus diximus, eſſe omnino falſam ſententiam Dd. quod Saluianum
vtile Interdictum, competat cuicunq; creditori & contra poſſeſſo-
rem quemcunque. Et mirari licet, quæ cauſa eos præcipites egerit, &
quę neceſſitas eos, vt ita ſtatuerent, impulerit, cum opinioni iſti confir-
mandæ nec vnicus textus adduci poſſit, nam & *t.t. de Salu. Interdicto.* lo-
quitur de colono, & rebus quas pignoris nomine in fundum condu-
ctum inuexit. Et textus *l. 1. C. de prec. & Salu.* nominatim de conductore
& debitore loquitur: ita quidem vt contra tertium poſſeſſorem inter-
dictum competere neget: quod ad interdictum directum inepte re-
ſtringitur: cum directa & vtilis actio effectu nihil differant *l. actio 47.
de neg. geſt.* & ita Impp. ibi de verbis non rebus reſpondiſſent: cum &
abſurdiſſimum ſit, textum ita interpretari, vt abſurdam & rationi re-
pugnantem opinionem inducas. Et quod attinet ad *l. 1. de Salu. Interd.*
illa loquitur de re, quam pro mercede obligatam colonus alienaue-
rat. Etenim cum hoc interdictum ex cauſa locationis & contra colo-
num nominatim introductum ſit, non eſt mirum ſi in eum poſſeſſoré,
qui à conductore cauſam habet, porrigatur. Et videtur igitur hoc in- 2.
terdictum tantum competere ex cauſa locationis, contra ipſum con-
ductorem directò, contra tertium qui ab illo cauſam habet, vtiliter:
quæ eſt ſententia Donelli, qui *in l. 1. C. de Salu. interd.* verba, *debitoremve*
accipit declaratiue, quaſi tantum in conductorem, qui idem ſit debi-
tor, competat, ſed quoniam iſtud paulo durius eſt, dicerem, ex cauſa
quidem conductionis dari Interdictum vtile etiam contra tertiū poſ-
ſeſſorem: cauſam habentem à conductore, ſed ex aliis cauſis non dari
contra tertium poſſeſſorem, ſed vtiliter tamen dari contra debitorem,
& ita concutrere cum Seruiana actione, in qua ſi moueatur contra i-
pſum debitorem, ſufficit probare, quod debitor tempore obligationis
rem poſſederit. Atque ita in magna varietate opinionum ſtatuam, In-
terdictum directo tantum dari in conductorem. Vtile dari tum ad-
uerſus poſſeſſorem qui à conductore cauſam habet, tum ex aliis cauſis
contra ipſum ſolum debitorem, v. de hac re *Neotericos, Monochium rem.
3. adipiſc. poſſ. Cuiac. 5. obſ. 24. Vult. VVeſemb. & alios ad §. 2. Inſt. de Interd. Do-
nell. & Hottom. in l. 1. C. de precario.* Sane Dd. ſupra relata opinio,
quam ego ex ratione juris falſam eſſe non dubito,
communis eſt, eamq; in foro ob-
ſeruari ſuo.

Cap. XXI.

De Extraordinario Remedio.

1. *An creditor propria autoritate pignus occupare poſſit? ad l.3.C.de pign.*

Communis Dd. ſententia eſt, ſi ita conuentum ſit, poſſe creditorẽ propria autoritate rem occupare & apprehendere eius poſſeſſionem: quomodo accipiunt *l.3.C.de pign.* Et ità enim eum locũ explicant, quod humanius quidem faciat creditor, ſi magiſtratum deſuper interpellet, ſed etiam abſq; hoc poſſe vti jure ſuo & vigore conuentionis rẽ occupare: adeo quidem vt multi reſiſtente debitore, adhibita vi id licitum eſſe putent, (quos refert & ſequitur *Salic.n.10 & 15.in d.l.3.*) quin & porrò idem & contra heredem & ſingularem ſucceſſorem licere arbitrentur *Salic d.loco, Neguz.p.4.n.20.* peruerſo judicio: cum hic nihil ſit niſi conuentio, cuius poteſtatem iſta longè lateq; ſuperant: & irregulare prorſus eſt, vt conuentio vires ſuas porrigat ad ſucceſſorem ſingularem. Itaq; rectè alij hinc diſſenſerunt, quos citato loco refert Neguz. qui & ibidem *n.* 4. vtcunque pactum de ingrediendo intercesſerit, per vim ingredi debitorem poſſe negat. Et cum aliàs hoc vim pacti excedat, vt occupare poſſeſſionem liceat, nimis abſurde & contra rationem juris extenduntur, quæ potius reſtringenda ſunt. Bartolus *d.l.3. C.de pign.* ita explicat, quod creditor eo pacto id tantum conſequatur, vt poſſit nude ingredi & eſſe in poſſeſſione, ſed poſſeſſionẽ ipſam ſine autoritate magiſtratus aſſerere ſibi non poſſit. Quæ Bartoli ſententia, vtcunque non pauci eam probauerint, referente *Neguz. de pign. d.loco*, commentitia tamen eſt, & haud dubie à mente Impp. *in d.l.3.* aliena. Et paciſcentes ſane de eiuſmodi poſſeſſione haud dubie ſenſerunt, qualẽ aliàs creditor, vel ex traditione debitoris, vel poſſeſſoris, juxta ſententiam judicis conſequitur. Atque ita quidem Dd. noſtri ſentiunt. Ego crediderim hanc eſſe ſententiam *l. 3. C. de pign.* quod conuentio de ingrediendo hoc ſolum operetur, vt à vi creditorem excuſet, itemque à pœna *l.13. Quod met cauſ.* non autem hoc, vt juſtam & legitimam faciat adprehenſionem. Prorſus enim nemo dicere jus ſibi debet, & vitanda ſunt omnia, quæ turbis & concertationibus anſam præbere poſſunt: & pactum iſtud eiuſmodi eſſe, quivis intelligit: & iſto jure admiſſo, quivis creditor ita ſibi proſpiceret, ſiquidem egentes debitores, quaſlibet pactiones ad arbitrium creditorum admittere coguntur: & inſigne eſt

gne eſt

gnè eſt decretum Marci *in l. extat. 13. Quod met. cauſ.* quod amittat jus debiti, quicunque ſine judice aliquid extorquet à debitore. Et prorſus iſta excedunt poteſtatem pactorum, & ad officium magiſtratus pertinent, & eius autoritate, quam priuato tribuunt, derogant. Et hanc interpretationem ipſa verba *d. l. 3. C. de pign.* ſuadent, 1. *vim facere non* VIDENTVM, vt videlicet humaniter excutentur à crimine violentiæ, & pœna *d. l. 13.* ſi modo non vere vim adhibuerint. Deinde, *autoritate præſidis poſſeſsionem adipiſci* DEBENT, neque audiendi ſunt Interpp. qui verba illa impropriari volunt, vt opinionem ſuam ſtabiliant: cum potius, ſi quid obſtaret, verba eſſent improprianda, ne tam abſurda opinio introduceretur. Neque juuat Doctores textus *in l. cum creditor. 55. de furt.* vel quia ſaltem excuſatur à furto, vel quoniã ſpecialis ratio eſt, vbi à debitore res creditori tradita fuit. Nec mouet etiam *l. penult. C. de pign. act.* in qua accipienda eſt conuentio, de voluntate debitoris durante & concurrente, & cum debitor permittit, vt auferat & occupet creditor rem pignoratam; vt factum proponitur in *l. qui rationi. 30. de pign. act.* Et his terminis poſitis, rectè voluntas iſta & conuentio, cum juſſu præſidali comparatur juxta *d. l. pen.* ſed non conuenit, vt initio vtiliter adjiciatur pactum, cuius vigore poſtmodum aut inuito aut ignorante debitore liceat poſſeſſionem occupare. Nec quidquam huc pertinet vulgata regula, quod quæ initio ſunt voluntatis, poſtea fiant neceſſitatis, & quod quiſq; renuntiare poſſit juri ſuo: vel quia, vt iſta locum habeant, præſupponendum eſt obiectum habile conuentionũ, & renuntiationum: vel quia præſumptio contra creditores eſt alicuius extorſionis, neque libera voluntate eiuſmodi pactionis facere creduntur debitores, qui indigi pecuniæ nihil nõ admittunt: vel deniq;, quia ſit ſane neceſſitatis, ſed non vt propterea ſola priuata autoritate & ſine juſſu magiſtratus fiat. Et poſſit forte hactenus indulgeri opinioni communi, vt creditor nõ habeat neceſſe vti actione Seruiana, ſed magiſtratus ad implorationem officij, ſi nihil habeat quod opponat debitor, protinus creditorem in poſſeſſionem mittat: qui ſatis magnus illius pacti effectus erit, vt inducat executionem paratam ſed audiendus erit vtiq; prius debitor: ſicut & audiendus eſt, qui obligatus eſt inſtrumento, vt vocant, guarentigiato, contra quod etiam non paucæ exceptiones, quas cumulat *Colerus in Tr. de proceſſ. execut.* admittuntur. Deinde hæc executio fiet tantum contra debitorem ipſum, quoniam vi pacti fit, quod vires ſuas nequit porrigere.

Et hinc eſt, quod licet vendere pignus, quamuis de hoc nihil ſit conuentum: imò amplius vt vendere liceat, quamuis conuentum ſit, ne I
liceat vendere pignus. Nam & hic, ſi modo prius legitimè denuntietur debitori, creditor pignus vendere poteſt per *l.1. in f. Cod. de pact. pignor. l. 4. & 5. de pignor. action.* Et errat Pinell. *ad l.2. Cod. de retr. vendit. part. 2. cap. 2.* dum putat valere pactum de non vendendo, ita vt nec interuenientibus & pluribus denuntiationibus pignus vendi poſſit, qui præter dd. textus refutatur expreſſo loco *Pauli 2. ſent. 13.* ubi licitam ait venditionem, poſt trinam denuntiationem, licet conuentum ſit, ne vendere liceat: Et prorſus inepta eſt Pinelli *ad d.l.4. & 5. de pign. act.* interpretatio. Decepit Pinellum, quod abſurdum videtur, non valere pactionem, liberè à creditore ſine vlla coactione & ſuſpicione fraudis initam, cum & juxta vulgatam regulam quiſque juri pro ſe interducto renuntiare poſſit. *l. pen. l. de pactis*, cum ſimilibus. Et ſanè Dd. in reddenda iſtius juris ratione laborant. Plerique petunt rationem à publica vtilitate, quod nemo ſit mutuaturus, ſi non liceat vendere pignus, *gl. & alij relati à Neguz. p. 6. m. 1. num. 3.* Sed illa ratio valeret in debitore, qui indigens pecunia quiduis ſæpe cogitur paciſci. Sed cum creditor liberè det pecuniam, & vt det orati ſoleat, hæc ratio nulla eſt, cum creditor libera voluntate ita paciſcatur. Ratio vera ſumitur à fine pignoris, cui pactum iſtud repugnat, & finis iſte cum conſtituat eſſentiam pignoris, valere id pactum non poteſt. Nec ratio hæc remouetur, ſi dixeris creditori ſufficere poſſe perſonalẽ actionem: nam etiam nullo conſtituto pignore eadem actio cõpeteret, & autem pignoris oportet ſuum eſſe effectum. At enim ſi hoc ineſt pignoris naturæ, quid eſt, quod paſſim legimus, hoc expreſſe conuentum, vt pignus vendere liceret, adeo quidem, vt & vulgare hoc pactum vocetur: in quam rem ſunt textus, *l. vlt. de pignor. l. ſi neceſſarias. 8. § vlt. de pign. act. l. 4. C. eod.* vbi vocatur pactum vulgare. *d.l. 8. § pen.* vbi & monet JCtus quomodo iſta pactio ſit concipienda; vnde & ratio dubitandi ad *l. Creditor. 12. § vlt. qui potiores.* an prior tempore ſit potior, ſi pactum de vendendo non ſit adiectum: quin furti dicitur teneri creditor, qui pignus vendit, cum de eo nihil conueniſſet, *l. ſi is. 74. de furt.* & quod citra conuentionem jus vendendi non habeat creditor, videtur colligi non obſcurè *ex l. 3. Quæ res. pign.* Quo referri poteſt, quod *Iuſtinianus ait in* §. 1. *Inſtitut. quib. alien. licet*: initio contractus pactum creditorem, vt ſibi pignus vendere liceat. Sed iſta non poſſunt facere, vt ma-

Digitized by Google

nifeſta ratio juris euertatur: Et liquidum enim eſt, hoc ipſi pignoris ineſſe naturæ, vt rem hypothecaria actione poſſit perſequi, & apprehendere poſſeſſionem: quod inane eſſet & fruſtraneum, ſi pignus vendere non liceret. Et quæ de diſtractione pignorum *propriis titt. C. & D. & alibi* paſſim traduntur, non niſi abſurdè ad eũ caſum referantur, quo pactum de vendendo eſt adiectum. Et in *l. 4. de pign. act.* diſertè ſcribit Vlpianus, licet adiectum non ſit, vt liceat vendere, tamen poſſe vendi. Et meo tamen judicio minus dicit, dum hoc jure nos vti dicit: quoni-
2 am imo hoc ipſi naturæ pignoris ineſſe dicendũ eſt. Aut an forte quis dixerit, propriiſſimum & primum finem pignoris fuiſſe, vt creditor illi incumberet, & hypothecariam actionem eidem fini fuiſſe introductã, vt creditor rem apprehenſam retineret: & ita tandem debitor rei, quæ maioris ſoleret eſſe pretij & quantitatis, recuperandæ cauſa pecuniam ſolueret. Poſtmodũ a., cum longior mora moleſta & damnoſa creditoribus eſſet, & ſępè debitores qua rem reluerent, ſoluere non poſſent pecuniam, receptũ fuiſſe vt pignus vendere liceret. Eoq; referri poteſt quod in *d. l. 4. de pign. act.* hoc jure nos vti ait Vlpian. Qua ſententia admiſſa, facilius obiectiones ſuperiores remouentur. Accedit vtilitas illa expreſſim adiectæ pactionis, quod ea tempus, modus & cetera, quomodo res vendenda eſſet definiebantur, & citra ſolennitates alias rem vendendi jus creditori adquirebatur: quod ſecus erat, ſi citra pactum res obligata fuiſſet, & quo caſu tribus denuntiationibus opus erat, at Paulus *d. lib. 2. ſent. cap.* 13. ſcribit. Cui rurſus occurritur, quod in *d. l.* 4.
3 *de pign. act.* Vlpian. tribus denuntiationibus eſſe docet opus, vbi conventum fuit, ne diſtraheretur pignus. Atq; ita fiet, vt iſtius pacti de non vendendo nullus prorſus futurus ſit vſus, quod tamẽ minimè rationi conuenire videtur. An forte, quia pactione illa non obſtante pignus nihilominus vendere licet, pactio hactenus nulla, nullum itidem parit effectum. Et poſtquam hoc receptum fuit, vt vendere pignus non obſtante pactione liceret, quid aliud potuit exigi à creditore, quam vt tertio denũtiaret debitori vt ſolueret? Et tot enim ſufficere poſſunt & debent denuntiationes. Et igitur hactenus in iſtis caſibus duob⁹ idem erit: vbi autem conuentum fuit, vt liceret vendere, jam nullis amplius denuntiationibus erit opus: quibus vt diximus indiget, qui vel conuenit ne vendere liceret, vel nihil pactus eſt, adeo vt illis omiſſis incidat & in crimen furti. *d. l. 73. de fur.* Et tamẽ inde non poteſt inferre, quod jus vendendi pignoris naturæ non inſit. Et enim, ita dicemus ineſſe & ha-

ctenus,

ctenus,ſi non ſatisfaciat debitor,in quem finem & caſum euentumq́; pignus datum eſt: adeoq́; potius contra pignoris finem facit creditor, qui illud vendit,prius non interpellato debitore,& talis venditio non niſi pro fraudulenta & clandeſtina haberi poſſit: quibus adde, quæ *inf. cap. ſeq.* de denuntiationibus dicemus. Cum igitur ita indefinitè 4
ſcriptum habeamus,quod pignus non obſtante pactione de non vendendo, nihilominus diſtrahi poſſit, nulla ratio eſt, vt excipiamus pignus, vt ita loquar, antichreticum. Licet enim pignus iſtud quædam habeat ſingularia,tamen pignoris eſſentiam retinet, & quod vtiq; in ſecuritatem debiti datum eſt; quod ſi debitore morante vendi numquã poſſit,iniuria adficeretur creditor, qui perpetuo cogatur pecunia carere. Quæ contra hanc ſententiam mouet *A. Fab. dec. 9. c. 7.* friuola & leuiſſima ſunt: & illa tamen, quia multi ipſius nugas aliquid eſſe putant,paucis confutabimus. Ait 1.alia ratione poſſe conſuli creditori,vt impetret jus dominii. Ridiculè,ita enim in genere jus vẽdendi negaueris:neq; Juſtin. primum,vt falſo putat Faber, hoc introduxit,& ad id nõ niſi prius venum pignore expoſito peruenitur, *de quo inf.* Deinde reprehendit eos,qui hanc rationẽ reddunt, ob quam pactum de non vendendo ſit improbatum,quod iniquũ ſit, vt creditor perpetuo pecunia ſua carere cogatur: quaſi verò,iniquit Faber, pecunia credita maneret in dominio creditoris: Sed iſta putida cauillatio eſt,quia intelligitur pecunia,quam petendi jus habeo, & quæ dicitur eſſe in ære alieno debitoris. 3. ait, pignus iſtud,licet vendi non poſſit, tamen non eſſe inutile,cum vtilitatem fructuum adferat creditori. Sed enim hac ratione pactum de non vendendo ſemper poſſit defendi, ſi etiam citra antichreſin, res aliqua quæ fructus ferat,pignori data ſit: quinimò in quouis genere pignoris admitti poſſit,ſi debitor ſoluat vſuras,quæ ſunt loco fructuũ. At enim quod creditor fructus pro vſuris percipit, ipſius cõmodum reſpicit,nec ille propterea impedire debet, quo minus jure communi diſtrahat pign⁹: nec quidquã hic eſt, quod, vt ineptè cenſet Faber,imputetur creditori,qui hoc agit, vt pecuniam ſuam tandem conſequatur. 4.ait,ſi creditor poſſit liberaliter paciſci, vt ne prorſus pecuniam petat,poſſit etiam paciſci, vt ne pignus diſtrahat. Ineptè: quoniam ponendi ſunt termini habiles,non remiſſi debiti,ſed eius quod exigere poteſt creditor: & ex hac ratione in omni pignore validum fuerit id pactum. Adeo & futilis obiectio eſt, quod debitor poſſit rei ſuæ Legem dicere quam velit: & hoc etenim

Digitized by Google

fallit,in pactione Legibus improbata, quæ fruſtra adiicitur. Atquin, inquit Faber, vbi ita conuentum eſt, vt quamdiu pignore creditor frui poteſt, illud ne diſtrahat, etiam cenſeri conuentum, vt ne pecunia repetatur, quamdiu pignore frui liceat. Reſpond. 1. non hanc tantum ſpeciem tractari, ſed & magis iſtam, ſi ſimpliciter res pro vſuris data ſit fruenda, & conuentum, ne diſtrahatur. 2. falſum eſſe, quod tacitè pactum cenſeatur de non repetenda pecunia: Etenim hoc ſaltem actum eſt, vt quamdiu pecunia eſt apud debitorem, creditor fructus percipiat, nihil verò v. c. mutui propterea derogatum, cum & abſurdum ſit, vt ex pacto ſuper acceſſorio reformetur natura contractus principalis, vbi præſertim nulla ad inferendam eam reformationem eſt conſequentia. Et ineptè quoque adducitur *l. Qui in 57. de pact.* vel quia ibi vſuras creditor in anteceſſum accepit, vel quia non negabimus, valere pactum ad tempus, ne diſtrahatur pignus, ſed ne vnquam diſtrahatur, valere negamus. Quid autem eſt ineptius, quam quod obiicit, creditorem non videri carere pecunia ſua, dum vtitur pignore, quin imo quod pecunia ſua ipſe vti cenſeatur. Ita enim, cum fructus pro vſuris accipiantur, dicerem, quemcunque creditorem, qui vſuras accipit, pecunia ſua vti: Sed & ita citra pactum de non vendendo, pignus diſtrahi non poſſet: Sed nugas iſtas mittamus.

Capvt XXIII.

De re quæ vendi poteſt, & quid, vt licita & valida ſit venditio, præcedere debeat.

1. *An res ſuper qua mouetur controuerſia, pendente judicio vendi poßit?*
2. *Vt vendi poßit pignus, oportet debitorem eſſe in mora.*
3. *Ad l. 8. §. 3. de pign. act.*
4. *Opus eſt denuntiationibus & qualibus.*
5. *De biennio quod proponitur in l. 3. §. 1. C. de jur. dom. imp.*
6. *Pignus palam & ſolenniter vendendum.*
7. *An opus denuntiationis, vbi lapſus diei conſtituit in mora?*

VNo verbo res, quæ vendi poteſt, eſt pignus, vel res pignorata, in qua juxta ſuperius tradita jus pignoris ritè cōſtitutū eſt creditori.

Et res

Et res eſt liquida, ſi res vna ſingularis fuerit pignori obligata: Sed & ſi plures ſint, poteſt rem vnam ex illis quam velit, diſtrahere, juxta *l. creditoris.*8.*de diſtr.pign.* Neque enim, quæ forte ratio dubitandi fuit, ſeruatur hic ordo, qualis in executione judicati ſeruari ſolet, iuxta *l. à Diuo* 15.*de re jud.* Et oportet tamẽ creditorem agere bona fide; Quod ſi enim cum re aliqua viliori diſtracta, poſſet pecuniam ſuam conſequi, diſtraxerit rem precioſiorem, & quam non diſtrahi debitoris interesat, ratio ſuadet, vt hoc nomine actione pignoratitia teneatur, vt benè ex Dd. *in l. quamdiu. C. de diſtract. pign. notat. Neguzant. part. 6. memb. 1. n. 28. limit. 5.* vti etiam hoc rectè addit, idem obtinere, ſi plures res ſibi obligatas vendiderit omnes, cum ex diſtractione vnius conficere potuiſſet pecuniam. Ita in pignore in ſpecie dicto. In hypotheca temperabit ad eandem rationem juriſdictionem judex ſiue magiſtratus, vt ſiquidem vna aliqua res ſufficere poſſit creditori, deneget perſecutionem aliarum. Cuius rei neceſſitas euidentior eſt in hypotheca generali: nec enim vniuerſa bona perſequi volentem vllus auditurus eſt magiſtratus. Quod ſi quis generalem ſimul & ſpecialem hypothecam habeat, eidem temperatur juriſdictio, vt prius teneatur perſequi & vendere res ſpeciatim ſibi hypothecatas, quam ad res ceteras hypotheca generali comprehenſas, & alii obligatas in ſpecie, perueniat, juxta *l. 2. Cod. de pign. de quo lib. ſeq. in materia prioritatis agemus.* Illud hic quæritur, an res pignorata, ſuper cuius proprietate debitori fuit mota controuerſia, judicio pendente nihilominus vendi poſſit: Quod quidem affirmauit *Bald. in l. 1. C de litigioſ.* Sed contrarium rectius cum aliis probat *Neguzant. part. 6. memb. 1. num. 16.* quoniam hoc modo res fit litigioſa, quę regulariter vendi non poteſt, neq; ab iſta regula caſus hic reperitur exceptus: cui accedit; quod per controuerſiam illam dubium redditur, an res fuerit propria debitoris, & conſequenter, an rectè ſit pignori obligata, per ea quæ ſupra *libr. praced.* de pignore rei alienæ tractauimus. Prorſus ferendum non eſt, vt per venditionem, quæ magni eſt effectus & præiudicii, petitori, qui dominum ſe dicit, & ad dominij probationem ſeſe offert, iniqua conditio & imò iniuria inferatur. An autẽ rem, quam non poſſidet creditor, vendere tamen poſſit, dicemꝰ inf. in cap. de perſonis quæ vendere poſſunt. His præmiſſis, jam videamus, quæ præcedere venditionem, & quæ in ea debeant obſeruari. Et inprimis oportet, vt debitor ſit in mora ſoluendi, *l. ſi ceſſante.* 7. ibi *ceſſante ſolutione. C. de diſtr. pign. l. ſi in* 2

Digitized by Google

hoc.14.ibi,*ſi ſatisfactum non fuerit*.*C. eod.* Ex quo fit etiam, vt antequam dies vel conditio venerit aut extiterit, res vendi non poſſit, *l.* 4.*de diſtr. pign l.ſi neceſſarias*.8.§.*ſi annua*.3.*de pign. act.* quem locum obiter & breuiter explicabimus. Si quis ſtipulatꝰ ſit triginta, annua, bima, trima die, (ſcil. ſub pignore reddenda) diſtinguitur ſatis ſubtiliter, inter hãc pactionem, vt pignus vendere liceat, niſi quæque pecunia ſua die ſoluta fuerit, & inter hanc vendere licere, ſi qua pecunia ſua die ſoluta non fuerit: vt ſc. illo caſu, etiamſi in ſolutione primę penſionis ceſſatum fuerit, pignus nondum vendere liceat: hoc autem ſtatim liceat. Ratio differentiæ eſt, quoniã prioris pactionis formula & verba, referuntur ad omnes penſiones, & tunc permittitur venditio, vbi in ſolutione omniũ trium penſionũ ceſſatum eſt, & dici non poteſt, vt ait JCtꝰ, non eſſe quoque die ſolutam pecuniam, vbi dies tertia necdum aduenit: poſteriori autem caſu relatio fit ad ſingulas penſiones, & ideo ob primam ceſſationem protinus pignus vendi poteſt. Vt redeamus vnde
4 digreſſi ſumus, vendere vt liceat pignus, præter moram, oportet præterea debitorem monitum & interpellatum eſſe à creditore, vt pecuniam ſoluat, in quam rem denuntiationibus opus eſt. *l. debitor*.4.*Cod. de diſtr. pign.* ibi, *notum teſtatum facere. l. debitores*.10. ibi *denuntiationibus ſunt conueniendi. Cod. de pign.* quæ eo pertinent, vt intelligat debitor, niſi ſoluat, futurum, vt pignus vendatur per *dict. l.* 4. quæ ſub ipſum tempus diſtractionis & proſcriptionis faciendæ, denuntiationem & notificationem requirit. Circa quam rem tres caſus veniunt diſtinguendi. Primus vbi initio certa lex pignoratæ rei vendendæ dicta fuit, at obſeruandum hoc caſu eſt, quod conuentum fuit: Legem enim dat conuentio, nec quidquam impedit, quo minus vtatur jure ſuo creditor juxta conuentionem interpoſitam: ideoq; nec vlla hîc denuntiatione opus erit: quod & expreſſe à Juſtin. confirmatum eſt in *l.*3.§.1. *C. de jur. dom. impet.* Et tamen ſi non ſpeciatim ſuper pignoris vendendi modo & ratione pactum, ſed ſimpliciter actum ſit, vt pignus vendere liceat, vnam interpellationem ſaltem & denuntiationem crediderim eſſe neceſſariam. Planè vbi jus vendendi quacunq; ratione habet creditor, ſi tamen pignus necdum venditum ſit, offerendo pecuniam debitor facere poterit, vt ne res vendatur, certiſſima ratione: quoniam pecunia ſoluta omne jꝰ creditoris finitur, quod in pignore habet: quod & rectè *p.6.memb.1.n.28.Neguzant.* annotauit. Alter caſus eſt, ſi nihil actum ſit vendendo: & hoc caſu arbitratur poſt gl. *Neguz. d. loco. n.*22. diſtin-

Digitized by Google

diſtinguendum eſſe inter jus vetus & nouum. Et hoc quidem licere vendere pignus poſt interpoſitam vnam denuntiationem, & inde biennium elapſum, de quo mox ex *l. 3. §. 1. in f. C. de jur. dom. imp.* ſed jure veteri ſuffeciſſe hoc ſolum, quod debitor fuerit in mora, nec alia denuntiatione fuiſſe opus: Sed nõ dubito poſterius hoc eſſe falſum, per dd. textus, qui ſimpliciter exigunt denuntiationem: quin imo quod dicitur paſſim, debitori denuntiandum eſſe, id vel præcipue videtur pertinere ad caſum hunc, & omninò pertinet: cũ id rarius eſſet, vt pactum de nõ vendendo adiiceretur. & denuntiationes tres iſto caſu neceſſariæ eſſent: quot ſanè neceſſariæ non ſunt, vbi ſimpliciter creditor denuntiare jubetur. Et neceſſariæ igitur ad minimum hoc caſu erit vna denuntiatio. Et vero tantum abeſt, vt hoc caſu vbi conuentum nihil eſt de vendẽdo, nulla denuntiatio olim neceſſaria fuerit, vt putat Neguz. vt contra tres denuntiationes in terminis *Paulus 2. ſent. 5.* exigat. Quæ tamen ſententia poſſit videri abſurda: ratione duplici. 1. quia vbi lex ſimpliciter actum requirit, ſufficit geminatus ad ſummum, & vt plurimum vnius: 2. quoniam non conuenire rationi videtur, vt hactenus idem juris ſit, vbi nihil conuentum eſt, & vbi nominatim actum eſt, ne pignus vendatur: quo caſu tres denuntiationes requirit *Vlp. in l. 4. de pign. act.* Aliquid de hoc diximus *cap. præced.* & quid huic obiectioni ſit reſpondendum: Quod ſi placere non poſſit, aut fatendum erit, Paulum à ceteris JCtis diuerſæ fuiſſe opinionis: (quod tamen quoniam inter ſententias receptas hoc relatum eſt, minus videtur probabile:) aut ſingulariter explicandi erunt textus, qui exigunt denuntiationem, & nimirum de triplici denuntiatione: quod rurſus ex ſupradicta ratione clarum eſt. Equidem Pauli ſententiæ non ſunt authenticæ, tamen vtiq; quid juris tum fuerit, oſtendunt: neque eſt cur eum locum corruptum aut interpolatum quis exiſtimet, ſed vt dixi, vt tot textus explicemus de trina denuntiatione, ferri vix poteſt: cum præſertim in *l. 4. C. de diſtract. pign.* exigatur hoc ſolum, vt creditor id debitori notum faciat: nec id Imp. omiſiſſet ſi tribus denuntiationibus opus fuiſſet: & in *l. debitoribus. 18. C. de admin. tut.* nihil aliud requiritur, quam vt creditor denuntiet debitori, vt ſoluat prorſus, cum tam accuratè de hac re tractet Juſtin. *in l. 3. C. de jur. dom. imp.* hodie vtique negabimus trina denuntiatione eſſe opus, quoniam ibi tantum denuntiationis ſimplicis ſit mentio. Atque ita ſimul diximus de tertio caſu, quo conuentum eſt, vt ne liceat diſtrahere pignus, [illegible] opus eſt tribus denuntiationibus. Circa

quas

quas quæritur de modo denuntiandi. Et vtique non rectè fieret ſimul & ſemel, ita enim reuera tantum eſſet vnica denuntiatio, & ea gratia plures requiruntur, vt creditor interim pecuniam expedire & pignus luere poſſit: Sed intercedere aliquod interuallum, quod alii vnius diei, alii trium, alij decem dierum ſtatuunt, alij arbitrariam eſſe volunt. Probabilius quis dixerit, tres denuntiationes fieri debere intra illud tempus quod datur judicatis, ſiquidem venditio pignoris habet quandam ſpeciem executionis: pro quo facit, quod in *dict. l.* 3. §. 1. *Cod. de jur. dom. imp.* denuntiatio & ſententia judicialis comparantur; v. tamen *Salicet. poſt ceteros. in dict.* §. 1. *Neguzant. p. 6. memb.* 1. *num.* 4. Hodie non videtur valde
5 de hoc laborandum, cum Juſtin. poſt denuntiationem requirit adhuc decurſum biennij, poſt quod demum liceat vendere pignus: Ita enim ſatis ſuperque indulgetur debitori. Et ita communiſſimè Interpp. *d. l.* 3. §. 1. *Cod. de jur. dom. imp.* & quod ibi de biennio dicitur, acceperunt, quod vbicunque de vendendo pignore agitur, vt valeat venditio, poſt denunciationem oporteat prius labi biennium, à qua ſententia malè diſceſſit *Donell. de pign. c.* 10. qui id reſtringit ad caſū quo creditor vult impetrare dominium; nec animaduertit Juſtin. in *d. l.* 3. occaſione propoſitarum ex jure veteri ambagum, in vniuerſum diſponere, quæ ratio in vendendis pignoribus ſit obſeruanda: Sed nec illud obſeruauit, non licere creditori ſtatim ab initio petere, vt dominium ſibi addicatur, (vt ineptum ſit fingere hîc proprias ſolemnitates) ſed tum demum, vbi res venum expoſita, non reperit emptorem, qui juſtum valorem velit numerare. Et præterea opinio Donelli perſpicuè conuellitur per §. 1. *Inſti. Quib. alien. non licet.* ubi Juſtinian. cum ſimpliciter dixiſſet, creditorem jus vendendi pignoris habere, ſubiicit, ne debitores facilè dominia rerum ſuarum amitterent, ſe conſtitutione certum huic rei impoſuiſſe modum: quæ conſtitutio nulla alia intelligi poteſt, quam *d. l.* 3. *Cod. de jur. dom. imp.* nec verò quiſquam tam fatuus ſit, vt dicat in *dict.* §. 1. *Inſtit.* tantum de jure dominii impetrando tractari. Et ex *d.* §. 1. ſimul refutatur ratio Donelli, quod nimis longum ſit, expectare biennium: quoniam Juſtin. profitetur ſe nolle vt facile dominia rerum ſuarum amitterent: nec habet quod queratur creditor, qui ſortem & vſuras iſtius biennii conſequitur. Biennii iſtius curſus computatur juxta *dict. l.* 3. §. 1. ex quo denuntiatum eſt, vel ſententia lata: quod ita accipiunt

Digitized by Google

piunt Dd. referente *Neguzant.p.6.m.1.n.4.* vt illud de denuntiatione, ad debitum liquidum: hoc, de ſententia, ad debitum illiquidum referant; & quidem vt intelligant ſententiam interlocutoriam, & præceptum de ſoluendo. Et rationis eſt, vt quæuis ſententia non minus operetur, quam denuntiatio priuata debitoris. Et ſane ex ratione juris veteris, ſi reus in jure apud prætorem confeſſus eſſet debitum, tum præceptum de ſoluendo intercedebat, & terminus ſolutionis determinabatur. Verum vbi contra reum negantem formula data, litis conteſtatio facta, & ad judicem pedaneum ventum erat, ſententiam definitiuam ferri oportebat; itaque in his terminis à die definitiuæ ſententiæ biennium computari oportebit, ſi ex cauſa magiſtratus ordinario executionis proceſſu non vtatur, & creditor pignore ſuo ſit contentus. Illud palam eſt, quod pignus non ſit vendendum clam, ſed palam & ſolemniter. *l. Quæ ſpecialiter. 9. Cod. de pignoribus.* Publico 6
propoſito programmate, quo pignus venditum iri ſignificetur arg. *l. ſi eo. 6. C. de remiſſ. pign. l. item apud. 15. §. Item ſi quis. 32. de iniur.* Quæ interuenire ſufficit, licet agatur de vendenda re Eccleſiæ aut minoris, modo rectè ab initio pignus fuerit conſtitutum: vt poſt *Bart. & Bald.* notat *Neguz. p. 6. m. 1. n. 15.* De his quæ obſeruanda ſunt, vbi fiſcus diſtrahit res ſibi obigatas, v. textus *in l. ſi quos. 16. C. de reſcind. vendit. l. 2. & 3. Cod. l. 2. & 3. Cod. ſi propt. pub. penſ.*

Illud hîc quæritur, an his caſibus, quibus mora committitur citra 7
interpellationem, velut cum dies interpellat pro homine, (etenim in obligationibus in diem, ſolo diei aduentu conſtitui debitorem in mora, tradunt communiter Dd) an denuntiationibus nihilominus ſit opus, vt diſtrahere pignus liceat. Et Neguzantius id negat, & citra vllam denuntiationem pignus vendi poſſe ſtatuit, *p. 6. m. 1. n. 1.* quod videtur cõfirmari ex *l. 8. §. 3. de pig. act.* vbi ad jus vendendi, quod ex pacto competit, nihil aliud deſideratur, quam vt dies venerit, & pecunia ſoluta non fuerit. Sed contrariam ſententiam veriorem eſſe opinor: Et quod ad textum eum attinet, aut ſpeciale eſt, vbi ex pacto jus vendendi competit creditori, quo pacto modus etiam vendendi determinatus fuiſſe videtur: aut ex jure cõmuni ſupplendum erit & præſupponendum, quod denuntiatio præceſſerit: Ceteroquin vt ob moram nudam liceat vendere pignus antequam hoc denuntiatum fuerit debitori, non admiſerim: cum præſertim pignoris obligatio ſit diuerſa à principali; & quod ob moram debentur vſuræ, & quod ea transfert

 fert

fert periculum in debitorem, citra expreſſum textum eo trahere non licet, vt etiam citra aliam & ſpecialem denuntiationem liceat pignus vendere, quod præſertim magni præiudicii id eſt, nec leue damnum infert debitori.

Cap. XXIX.

De effectu venditionis ritè & ſolemniter factæ.

1. *Venditionem debitor impedire non poteſt.*
2. *Firmatus venditionis rectè facta.*
3. *Ad l. 12. §. 1. de diſtr. pign.*

VBi venditio juxta formam & modum, de quo *cap. præc.* facta eſt, ea omnimodo efficax & firma eſt, perinde ac ſi à domino rei res ab omni onere liber vendita fuiſſet: ita, vt nec debitor ipſe, nec creditor poſterior rem poſſint euincere emtori.; ſiquidem aut ex expreſſa, aut ex tacita voluntate & cõuentione ipſius debitoris vendi pignus intelligitur §. 1. *Inſt. quib. alien. licet.* Equidem vbi venditio necdum facta eſt, quominus fiat, offerendo debitum, & ipſe debitor & alius quiuis efficere poteſt: ceteroquin niſi ea ablatio fiat actu, non poteſt venditio impediri, etiamſi debitor creditori, ne venderet, denuntiauerit. *l. 2. C. debit. vendit. pign. imp.* *l. 1. C. de litigioſis.* etiamſi debitor teſtamento vendi rem ſub pœna prohibuerit, *l. 1. Cod. deb. vend. pign.* quoniam ea prohibitio debitoris heredes conſtringit, nihil autem ad creditorem, cui jus vendendi ex ipſa conſtitutione pignoris ſemel quæſitum, auferri non poteſt, quod & ex *Dd. p. 6. m. 1. n. 15. Neguz.* refert, vbi rectè addit, idem eſſe, licet debitor rem alteri legauerit; nec enim hoc præiudicare poteſt creditori. Porrò poſt venditionem ritè factam, ſera & fruſtanea eſt oblatio, licet totum debitum cum vſuris & omni eo quod intereſt, offeratur: *l. 1. & 2. C. ſi antiq. cred. l. 3. in pr. de diſtr. pign. l. creditor. 12. § ſi ſimpliciter. 7. Qui pot.* quoniam tum & dominium à debitore, & jus pignoris abiit à creditore: neq; amplius creditori, ſed emptori, qui dominus effectus eſt, vindicatio (ſi forte amiſerit poſſeſſionem) contra quoscunq;, quin & contra ipſum debitorem datur, *l. obligatis. 15. C. de diſtr. pign.* vbi nimirum tradita eſt emtori rei poſſeſſio (quod eſt communis juris) ceteroquin ex venditione nuda, jus in re & actio-

nem

nem in rem non conſequitur emptor. *l. Qui prædium.* 13. *Cod. de diſtr. pign.*
vbi forte dub. ratio fuit, quod ex conventione nuda pignoris jus in re
creditori, & hypothecaria actio quæritur. Sed enim, non vt ex nu-
da conuentione jure ſpeciali, jus pignoris reale conſequitur credi-
tor, ita & ex venditione nuda dominium in emptorem tranſire po-
teſt, ſed demum vbi res tradita fuit. Et tum obtinent, quæ dixi- 2
mus, vt dominium emptori nequeat auferri, nec ille de proprie-
tate vinci poſſit. *l. qui à creditore.* 18. C. *de diſtract. pign.* Et, nimirum
quod apparet, terminis habilibus poſitis, vbi res pignorata, fuit pro-
pria debitoris: nam ſi res aliena fuerit, per venditionem eius domino
vero inferri præiudicium non poteſt: ad quem caſum pertinet textus
in *l. reſcriptum.* 12. §. 1. *de diſtr. pign.* qui locus nobis hîc explicandus eſt: 3
Et in eo haud dubiè præſupponitur, jus ſaluum manere domino: Sed
illud tractatur, quæ & quibus competant actiones contra debito-
rem, & an huic pecunia, quam ſoluit emptor, proficiat ad liberatio-
nem. Et proponit JCtus perſonas tres, de quibus poſſit quæri, an il-
lis contra debitorem aliqua actio competat: creditorem, empto-
rem, & dominum rei. Et quidem creditor aut promiſit euictio-
nem (quod facere poteſt, ſed non tenetur, de quo paulo poſt dice-
mus) aut non promiſit. Priori caſu, aut conuentus eſt de euictione, aut
non vel needum conuentus eſt. Illic, quod creditor præſtitit empto-
ri, iterum conſequitur à debitore, vt *infr.* dicemus, ex locis alijs & ex
hoc ipſo textu, vbi de hoc caſu reſpondet JCtus in fin. creditorem
adhuc debitum perſequi poſſe, quoniam apparuerit, non fuiſſe de-
bitorem liberatum: quoniam vt liberetur, oportet ita ad creditorem
pecuniam perueniſſe, vt ei auferri non poſſit. Hîc, &, ſi nondum con-
uentus eſt creditor de euictione, pro liberato interim eſt debitor,
quin in ſuſpenſo eſt liberatio vt in *fin. h. §.* reſpondetur. *facit l. ſi fun-
dum.* 26. *de ſolution. l. ſi mandato.* 59. §. *creditor. Mandati.* Cui obiici po-
teſt, quod cum res aliena non rectè detur pignori, non videatur ſolu-
tio iſta prodeſſe debitori, etiamſi needum quidquam nomine euictio-
nis præſtiterit creditor. Quæ obiectio oppugnat & alterum membrũ
principale, quo euictionem creditor non promiſit: quoniam ex hypo-
theſi non rectè conſtituri pignoris, nõ obſtante ſolutione illa, videtur
actio creditori contra debitorẽ manere integra. Hæc obiectio per oc-
cupationem remouetur in noſtro textu *vers. quia ex contractu.* quod ſcil.
quidquid creditor etiam occaſione qualisqualis obligationis (nimirũ

niſeſta ratio juris euertatur: Et liquidum enim eſt, hoc ipſi pignoris ineſſe naturæ, vt rem hypothecaria actione poſſit perſequi,& apprehendere poſſeſſionem: quod inane eſſet & fruſtraneum, ſi pignus vendere non liceret. Et quæ de diſtractione pignorum *proprus titt. C. & D. & alibi* paſſim traduntur, non niſi abſurdè ad eũ caſum referantur, quo pactum de vendendo eſt adiectum. Et in *l. 4. de pign. act.* diſertè ſcribit Vlpianus, licet adiectum non ſit, vt liceat vendere, tamen poſſe vendi. Et meo tamen judicio minus dicit, dum hoc jure nos vti dicit: quoni-
2 am imo hoc ipſi naturæ pignoris ineſſe dicendũ eſt. Aut an forte quis dixerit, propriiſſimum & primum finem pignoris fuiſſe, vt creditor illi incumberet, & hypothecariam actionem eidem fini fuiſſe introductã, vt creditor rem apprehenſam retineret: & ita tandem debitor rei, quæ maioris ſoleret eſſe pretij & quantitatis, recuperandæ cauſa pecuniam ſolueret. Poſtmodũ a., cum longior mora moleſta & damnoſa creditoribus eſſet, & ſępè debitores qua rem reluerent, ſoluere non poſſent pecuniam, receptũ fuiſſe vt pignus vendere liceret. Eoq; referri poteſt quod in *d. l. 4. de pign. act.* hoc jure nos vti ait Vlpian. Qua ſententia admiſſa, facilius obiectiones ſuperiores remouentur. Accedit vtilitas illa expreſſim adiectæ pactionis, quod ea tempus, modus & cetera, quomodo res vendenda eſſet definiebantur, & citra ſolennitates alias rem vendendi jus creditori adquirebatur: quod ſecus erat, ſi citra pactum res obligata fuiſſet, & quo caſu tribus denuntiationibus opus erat, at
3 Paulus *d. lib. 2. ſent. cap. 13.* ſcribit. Cui rurſus occurritur, quod in *d. l. 4. de pign. act.* Vlpian. tribus denuntiationibus eſſe docet opus, vbi conventum fuit, ne diſtraheretur pignus. Atq; ita fiet, vt iſtius pacti de non vendendo nullus prorſus futurus ſit vſus, quod tamẽ minimè rationi conuenire videtur. An forte, quia pactione illa non obſtante pignus nihilominus vendere licet, pactio hactenus nulla, nullum itidem parit effectum. Et poſtquam hoc receptum fuit, vt vendere pignus non obſtante pactione liceret, quid aliud potuit exigi à creditore, quam vt tertio denũtiaret debitori vt ſolueret? Et tot enim ſufficere poſſunt & debent denuntiationes. Et igitur hactenus in iſtis caſibus duob⁹ idem erit: vbi autem conuentum fuit, vt liceret vendere, jam nullis amplius denuntiationibus erit opus: quibus vt diximus indiget, qui vel conuenit ne vendere liceret, vel nihil pactus eſt, adeo vt illis omiſſis incidat & in crimen furti. *d. l. 73. de fur.* Et tamẽ inde non poteſt inferre, quod jus vendendi pignoris naturæ non inſit. Et enim, ita dicemus ineſſe & ha-
ctenus.

Digitized by Google

ctenus, ſi non ſatisfaciat debitor, in quem finem & caſum euentumq́; pignus datum eſt: adeoq́; potius contra pignoris finem facit creditor, qui illud vendit, prius non interpellato debitore, & talis venditio non niſi pro fraudulenta & clandeſtina haberi poſſit: quibus adde, quæ *inf. cap. ſeq.* de denuntiationibus dicemus. Cum igitur ita indefinitè 4
ſcriptum habeamus, quod pignus non obſtante pactione de non vendendo, nihilominus diſtrahi poſſit, nulla ratio eſt, vt excipiamus pignus, vt ita loquar, antichreticum. Licet enim pignus iſtud quædam habeat ſingularia, tamen pignoris eſſentiam retinet, & quod vtiq; in ſecuritatem debiti datum eſt; quod ſi debitore morante vendi numquã poſſit, iniuria adficeretur creditor, qui perpetuo cogatur pecunia carere. Quæ contra hanc ſententiam mouet *A. Fab. dec. 9. c. 7.* friuola & leuiſſima ſunt: & illa tamen, quia multi ipſius nugas aliquid eſſe putant, paucis confutabimus. Ait 1. alia ratione poſſe conſuli creditori, vt impetret jus dominii. Ridiculè, ita enim in genere jus vẽdendi negaueris: neq; Juſtin. primum, vt falſo putat Faber, hoc introduxit, & ad id nõ niſi prius venum pignore expoſito peruenitur, *de quo inf.* Deinde reprehendit eos, qui hanc rationẽ reddunt, ob quam pactum de non vendendo ſit improbatum, quod iniquũ ſit, vt creditor perpetuo pecunia ſua carere cogatur: quaſi verò, iniquit Faber, pecunia credita maneret in dominio creditoris: Sed iſta putida cauillatio eſt, quia intelligitur pecunia, quam petendi jus habeo, & quæ dicitur eſſe in ære alieno debitoris. 3. ait, pignus iſtud, licet vendi non poſſit, tamen non eſſe inutile, cum vtilitatem fructuum adferat creditori. Sed enim hac ratione pactum de non vendendo ſemper poſſit defendi, ſi etiam citra antichreſin, res aliqua quæ fructus ferat, pignori data ſit: quinimò in quouis genere pignoris admitti poſſit, ſi debitor ſoluat vſuras, quæ ſunt loco fructuũ. At enim quod creditor fructus pro vſuris percipit, ipſius cõmodum reſpicit, nec ille propterea impedire debet, quo minus jure communi diſtrahat pign⁹: nec quidquã hic eſt, quod, vt ineptè cenſet Faber, imputetur creditori, qui hoc agit, vt pecuniam ſuam tandem conſequatur. 4. ait, ſi creditor poſſit liberaliter paciſci, vt ne prorſus pecuniam petat, poſſit etiam paciſci, vt ne pignus diſtrahat. Ineptè: quoniam ponendi ſunt termini habiles, non remiſſi debiti, ſed eius quod exigere poteſt creditor: & ex hac ratione in omni pignore validum fuerit id pactum. Adeo & futilis obiectio eſt, quod debitor poſſit rei ſuæ Legem dicere quam velit: & hoc etenim

 fallit,

fallit, in pactione Legibus improbata, quæ fruſtra adiicitur. Atquin, inquit Faber, vbi ita conuentum eſt, vt quamdiu pignore creditor frui poteſt, illud ne diſtrahat, etiam cenſeri conuentum, vt ne pecunia repetatur, quamdiu pignore frui liceat. Reſpond. 1. non hanc tantum ſpeciem tractari, ſed & magis iſtam, ſi ſimpliciter res pro vſuris data ſit fruenda, & conuentum, ne diſtrahatur. 2. falſum eſſe, quod tacitè pactum cenſeatur de non repetenda pecunia: Etenim hoc ſaltem actum eſt, vt quamdiu pecunia eſt apud debitorem, creditor fructus percipiat, nihil verò v. c. mutui propterea derogatum, cum & abſurdum ſit, vt ex pacto ſuper acceſſorio reformetur natura contractus principalis, vbi præſertim nulla ad inferendam eam reformationem eſt conſequentia. Et ineptè quoque adducitur *l. Qui in* 57. *de pact.* vel quia ibi vſuras creditor in anteceſſum accepit, vel quia non negabimus, valere pactum ad tempus, ne diſtrahatur pignus, ſed ne vmquam diſtrahatur, valere negamus. Quid autem eſt ineptius, quam quod obiicit, creditorem non videri carere pecunia ſua, dum vtitur pignore, quin imo quod pecunia ſua ipſe vti cenſeatur. Ita enim, cum fructus pro vſuris accipiantur, dicerem, quemcunque creditorem, qui vſuras accipit, pecunia ſua vti: Sed & ita citra pactum de non vendendo, pignus diſtrahi non poſſet: Sed nugas iſtas mittamus.

Capvt XXIII.

De re qua vendi poteſt, & quid, vt licita & valida ſit venditio, præcedere debeat.

1. *An res ſuper qua mouetur controuerſia, pendente judicio vendi poſſit?*
2. *Vt vendi poſſit pignus, oportet debitorem eſſe in mora.*
3. *Ad l. 8. §. 3. de pign. act.*
4. *Opus eſt denuntiationibus & qualibus.*
5. *De biennio quod proponitur in l. 3. §. 1. C. de jur. dom. imp.*
6. *Pignus palam & ſolenniter vendendum.*
7. *An opus denuntiationis, vbi lapſus diei conſtituit in mora?*

VNo verbo res, quæ vendi poteſt, eſt pignus, vel res pignorata, in qua juxta ſuperius tradita jus pignoris ritè cōſtitutū eſt creditori.

Et res

Digitized by Google

Et res eſt liquida, ſi res vna ſingularis fuerit pignori obligata: Sed & ſi plures ſint, poteſt rem vnam ex illis quam velit, diſtrahere, juxta *l. creditoris. 8. de diſtr. pign.* Neque enim, quæ forte ratio dubitandi fuit, ſeruatur hic ordo, qualis in executione judicati ſeruari ſolet, iuxta *l. à Diuo 15. de rejud.* Et oportet tamē creditorem agere bona fide: Quod ſi enim cum re aliqua viliori diſtracta, poſſet pecuniam ſuam conſequi, diſtraxerit rem precioſiorem, & quam non diſtrahi debitoris intererat, ratio ſuadet, vt hoc nomine actione pignoratitia teneatur, vt benè ex Dd. *in l. quamdiu. C. de diſtract. pign. notat. Neguzant. part. 6. memb. 1. n. 28. limit. 5.* vti etiam hoc rectè addit, idem obtinere, ſi plures res ſibi obligatas vendiderit omnes, cum ex diſtractione vnius conficere potuiſſet pecuniam. Ita in pignore in ſpecie dicto. In hypotheca temperabit ad eandem rationem juriſdictionem judex ſiue magiſtratus, vt ſiquidem vna aliqua res ſufficere poſſit creditori, deneget perſecutionem aliarum. Cuius rei neceſſitas euidentior eſt in hypotheca generali: nec enim vniuerſa bona perſequi volentem vllus auditurus eſt magiſtratus. Quod ſi quis generalem ſimul & ſpecialem hypothecam habeat, itidem temperatur juriſdictio, vt prius teneatur perſequi & vendere res ſpeciatim ſibi hypothecatas, quam ad res ceteras hypotheca generali comprehenſas, & alii obligatas in ſpecie, perueniat, juxta *l. 2. Cod. de pign. de quo lib. ſeq. in materia prioritatis agemus.* Illud 1 hic quæritur, an res pignorata, ſuper cuius proprietate debitori fuit mota controuerſia, judicio pendente nihilominus vendi poſſit: Quod quidem affirmauit *Bald. in l. 1. C de litigioſ.* Sed contrarium rectius cum aliis probat *Neguzant. part. 6. memb. 1. num. 16.* quoniam hoc modo res fit litigioſa, quę regulariter vendi non poteſt, neq; ab iſta regula caſus hic reperitur exceptus: cui accedit; quod per controuerſiam illam dubium redditur, an res fuerit propria debitoris, & conſequenter, an rectè ſit pignori obligata, per ea quæ ſupra *libr. praeced.* de pignore rei alienæ tractauimus. Prorſus ferendum non eſt, vt per venditionem, quæ magni eſt effectus & præiudicii, petitori, qui dominum ſe dicit, & ad dominij probationem ſeſe offert, iniqua conditio & imò iniuria inferatur. An autē rem, quam non poſſidet creditor, vendere tamen poſſit, dicem⁹ inf. in cap. de perſonis quæ vendere poſſunt. His præmiſſis, jam videamus, quæ præcedere venditionem, & quæ in ea debeant obſeruari. Et inprimis oportet, vt debitor ſit in 2 mora ſoluendi, *l. ſi ceſſante. 7. ibi ceſſante ſolutione. C. de diſtr. pign. l. ſi in*

Digitized by Google

hoc.14.ibi,*ſi ſatisfactum non fuerit*.C. *eod*.Ex quo fit etiam, vt antequam dies vel conditio venerit aut extiterit,res vendi non poſſit, *l*. 4.*de diſtr. pign l.ſi neceſſarias*.8.§.*ſi annua*. 5. *de pign. act*. quem locum obiter & bre-
3 uiter explicabimus.Si quis ſtipulat⁹ ſit triginta,annua,bima,trima die, (ſcil. ſub pignore reddenda) diſtinguitur ſatis ſubtiliter,inter hãc pactionem,vt pignus vendere liceat, niſi quæque pecunia ſua die ſoluta fuerit,& inter hanc vendere licere, ſi qua pecunia ſua die ſoluta non fuerit: vt ſc.illo caſu,etiamſi in ſolutione primę penſionis ceſſatum fuerit,pignus nondum vendere liceat: hoc autem ſtatim liceat. Ratio differentiæ eſt,quoniã prioris pactionis formula & verba, referuntur ad omnes penſiones, & tunc permittitur venditio, vbi in ſolutione omniũ trium penſionũ ceſſatum eſt, & dici non poteſt, vt ait JCt⁹,non eſſe quoque die ſolutam pecuniam, vbi dies tertia necdum aduenit: poſteriori autem caſu relatio fit ad ſingulas penſiones, & ideo ob primam ceſſationem protinus pignus vendi poteſt. Vt redeamus vnde
4 digreſſi ſumus, vendere vt liceat pignus, præter moram, oportet præterea debitorem monitum & interpellatum eſſe à creditore, vt pecuniam ſoluat, in quam rem denuntiationibus opus eſt. *l. debitor*.4.*Cod. de diſtr.pign*.ibi, *notum teſtatum facere*. *l. debitores*.10. ibi *denuntiationibus ſunt conueniendi*.*Cod. de pign*. quæ eo pertinent, vt intelligat debitor, niſi ſoluat,futurum,vt pignus vendatur per *dict. l*. 4. quæ ſub ipſum tempus diſtractionis & proſcriptionis faciendæ, denuntiationem & notificationem requirit. Circa quam rem tres caſus veniunt diſtinguendi. Primus vbi initio certa lex pignoratæ rei vendendæ dicta fuit, at obſeruandum hoc caſu eſt, quod conuentum fuit: Legem enim dat conuentio,nec quidquam impedit,quo minus vtatur jure ſuo creditor juxta conuentionem interpoſitam: ideoq; nec vlla hîc denuntiatione opus erit: quod & expreſſe à Juſtin. confirmatum eſt in *l*.3.§.1. *C.de jur.dom.impet*. Et tamen ſi non ſpeciatim ſuper pignoris vendendi modo & ratione pactum,ſed ſimpliciter actum ſit, vt pignus vendere liceat,vnam interpellationem ſaltem & denuntiationem crediderim eſſe neceſſariam. Planè vbi jus vendendi quacunq; ratione habet creditor,ſi tamen pignus necdum venditum ſit,offerendo pecuniam debitor facere poterit, vt ne res vendatur, certiſſima ratione: quoniam pecunia ſoluta omne j⁹ creditoris finitur,quod in pignore habet:quod & rectè *p.6.memb.1.n.28.Neguzant*. annotauit. Alter caſus eſt, ſi nihil actum ſit vendendo:& hoc caſu arbitratur poſt gl. *Neguz. d. loco. n*.2.
diſtin-

diſtinguendum eſſe inter jus vetus & nouum. Et hoc quidem licere vendere pignus poſt interpoſitam vnam denuntiationem, & inde biennium elapſum, de quo mox ex *l.3.§.1. in f. C. de jur. dom. imp.* ſed jure veteri ſuffeciſſe hoc ſolum, quod debitor fuerit in mora, nec alia denuntiatione fuiſſe opus: Sed nō dubito poſterius hoc eſſe falſum, per dd. textus, qui ſimpliciter exigunt denuntiationem: quin imo quod dicitur paſſim, debitori denuntiandum eſſe, id vel præcipue videtur pertinere ad caſum hunc, & omninò pertinet; cū id rarius eſſet, vt pactum de nō vendendo adiiceretur. & denuntiationes tres iſto caſu neceſſariæ eſſent: quot ſanè neceſſariæ non ſunt, vbi ſimpliciter creditor denuntiare jubetur. Et neceſſariæ igitur ad minimum hoc caſu erit vna denuntiatio. Et vero tantum abeſt, vt hoc caſu vbi conuentum nihil eſt de vendēdo, nulla denuntiatio olim neceſſaria fuerit, vt putat Neguz vt contra tres denuntiationes in terminis *Paulus 2. ſent. 5.* exigat. Quæ tamen ſententia poſſit videri abſurda: ratione duplici. 1. quia vbi lex ſimpliciter actum requirit, ſufficit geminatus ad ſummum, & vt plurimum vnius: 2. quoniam non conuenire rationi videtur, vt hactenus idem juris ſit, vbi nihil conuentum eſt, & vbi nominatim actum eſt, ne pignus vendatur: quo caſu tres denuntiationes requirit *Vlp. in l. 4. de pign. act.* Aliquid de hoc diximus *cap. præced.* & quid huic obiectioni ſit reſpondendum: Quod ſi placere non poſſit, aut fatendum erit, Paulum à ceteris JCtis diuerſæ fuiſſe opinionis: (quod tamen quoniam inter ſententias receptas hoc relatum eſt, minus videtur probabile:) aut ſingulariter explicandi erunt textus, qui exigunt denuntiationem, & nimirum de triplici denuntiatione: quod rurſus ex ſupradicta ratione clarum eſt. Equidem Pauli ſententiæ non ſunt authenticæ, tamen vtiq; quid juris tum fuerit, oſtendunt: neque eſt cur eum locum corruptum aut interpolatum quis exiſtimet, ſed vt dixi, vt tot textus explicemus de trina denuntiatione, ferri vix poteſt: cum præſertim in *l. 4. C. de diſtract. pign.* exigatur hoc ſolum, vt creditor id debitori notum faciat: nec id Imp. omiſiſſet ſi tribus denuntiationibus opus fuiſſet: & in *l. debitoribus. 18. C. de admin. tut.* nihil aliud requiritur, quam vt creditor denuntiet debitori, vt ſoluat prorſus, cum tam accuratè de hac re tractet Juſtin. *in l. 3. C. de jur. dom. imp.* hodie vtique negabimus trina denuntiatione eſſe opus, quoniam ibi tantum denuntiationis ſimplicis fit mentio. Atque ita ſimul diximus de tertio caſu, quo conuentum eſt, vt ne liceat diſtrahere pignus, quo opus eſt tribus denuntiationibus. Circa

quas

Digitized by Google

quas quæritur de modo denuntiandi. Et vtique non rectè fieret ſimul & ſemel, ita enim reuera tantum eſſet vnica denuntiatio, & ea gratia plures requiruntur, vt creditor interim pecuniam expedire & pignus luere poſſit: Sed intercedere aliquod interuallum, quod alii vnius diei, alii trium, alij decem dierum ſtatuunt, alij arbitrariam eſſe volunt. Probabilius quis dixerit, tres denuntiationes fieri debere intra illud tempus quod datur judicatis, ſiquidem venditio pignoris habet quandam ſpeciem executionis: pro quo facit, quod in *dict. l. 3. §. 1. Cod. de jur. dom. imp.* denuntiatio & ſententia judicialis comparantur; v. tamen *Salicet. poſt ceteros. in dict. §. 1. Neguzant. p. 6. memb. 1. num. 4.* Hodie non videtur valde
5 de hoc laborandum, cum Juſtin. poſt denuntiationem requirit adhuc decurſum biennij, poſt quod demum liceat vendere pignus: Ita enim ſatis ſuperque indulgetur debitori. Et ita communiſſimè Interpp. *d. l. 3. §. 1. Cod. de jur. dom. imp.* & quod ibi de biennio dicitur, acceperunt, quod vbicunque de vendendo pignore agitur, vt valeat venditio, poſt denunciationem oporteat prius labi biennium, à qua ſententia malè diſceſſit *Donell. de pign. c.* 10. qui id reſtringit ad casũ quo creditor vult impetrare dominium; nec animaduertit Juſtin. in *d. l. 3.* occaſione propoſitarum ex jure veteri ambagum, in vniuerſum diſponere, quæ ratio in vendendis pignoribus ſit obſeruanda: Sed nec illud obſeruauit, non licere creditori ſtatim ab initio petere, vt dominium ſibi addicatur, (vt ineptum ſit fingere hîc proprias ſolemnitates) ſed tum demum, vbi res venum expoſita, non reperit emptorem, qui juſtum valorem velit numerare. Et præterea opinio Donelli perſpicuè conuellitur per §. 1. *Inſti. Quib. alien. non licet.* ubi Juſtinian. cum ſimpliciter dixiſſet, creditorem jus vendendi pignoris habere, ſubiicit, ne debitores facilè dominia rerum ſuarum amitterent, ſe conſtitutione certum huic rei impoſuiſſe modum: quæ conſtitutio nulla alia intelligi poteſt, quam *d. l. 3. Cod. de jur. dom. imp.* nec verò quisquam tam fatuus ſit, vt dicat in *dict. §. 1. Inſtit.* tantum de jure dominii impetrando tractari. Et ex *d. §. 1.* ſimul refutatur ratio Donelli, quod nimis longum ſit, expectare biennium: quoniam Juſtin. profitetur ſe nolle vt facile dominia rerum ſuarum amitterent: nec habet quod queratur creditor, qui ſortem & vſuras iſtius biennii conſequitur. Biennii iſtius curſus computatur juxta *dict. l. 3. §. 1.* ex quo denuntiatum eſt, vel ſententia lata: quod ita acci-

piunt

piunt Dd. referente *Neguzant.p.6,m.1.n.4.* vt illud de denuntiatione, ad debitum liquidum: hoc, de ſententia, ad debitum illiquidum referant; & quidem vt intelligant ſententiam interlocutoriam, & præceptum de ſoluendo. Et rationis eſt, vt quæuis ſententia non minus operetur, quam denuntiatio priuata debitoris. Et ſane ex ratione juris veteris, ſi reus in jure apud prætorem confeſſus eſſet debitum, tum præceptum de ſoluendo intercedebat, & terminus ſolutionis determinabatur. Verum vbi contra reum negantem formula data, litis conteſtatio facta, & ad judicem pedaneum ventum erat, ſententiam definitiuam ferri oportebat: itaque in his terminis à die definitiuæ ſententiæ biennium computari oportebit, ſi ex cauſa magiſtratus ordinario executionis proceſſu non vtatur, & creditor pignore ſuo ſit contentus. Illud palam eſt, quod pignus non ſit vendendum clam, ſed palam & ſolemniter. *l. Quæ ſpecialiter. 9. Cod. de pignoribus.* Publicò 6
propoſito programmate, quo pignus venditum iri ſignificetur arg. *l. ſi eo. 6. C. de remiſſ. pign. l. item apud. 15. §. Item ſi quis. 32. de iniur.* Quæ interuenire ſufficit, licet agatur de vendenda re Eccleſiæ aut minoris, modo rectè ab initio pignus fuerit conſtitutum: vt poſt *Bart. & Bald.* notat *Neguz. p. 6. m. 1. n. 15.* De his quæ obſeruanda ſunt, vbi fiſcus diſtrahit res ſibi obigatas, v. textus *in l. ſi quos. 16. C. de reſcind. vendit. l. 2. & 3. Cod. l. 2. & 3. Cod. ſi propt. pub. penſ.*

Illud hîc quæritur, an his caſibus, quibus mora committitur citra 7
interpellationem, velut cum dies interpellat pro homine, (etenim in obligationibus in diem, ſolo diei aduentu conſtitui debitorem in mora, tradunt communiter Dd) an denuntiationibus nihilominus ſit opus, vt diſtrahere pignus liceat. Et Neguzantius id negat, & citra vllam denuntiationem pignus vendi poſſe ſtatuit, *p. 6. m. 1. n. 1.* quod videtur cõfirmari ex *l. 8. §. 3. de pig. act.* vbi ad jus vendendi, quod ex pacto competit, nihil aliud deſideratur, quam vt dies venerit, & pecunia ſoluta non fuerit. Sed contrariam ſententiam veriorem eſſe opinor: Et quod ad textum eum attinet, aut ſpeciale eſt, vbi ex pacto jus vendendi competit creditori, quo pacto modus etiam vendendi determinatus fuiſſe videtur: aut ex jure cõmuni ſupplendum erit & præſupponendum, quod denuntiatio præceſſerit: Ceteroquin vt ob moram nudam liceat vendere pignus antequam hoc denuntiatum fuerit debitori, non admiſerim: cum præſertim pignoris obligatio ſit diuerſa à principali; & quod ob moram debentur vſuræ, & quod ea transfert

nem in rem non conſequitur emptor. *l. Qui prædium.* 15. *Cod. de diſtr. pign.*
vbi forte dub. ratio fuit, quod ex conventione nuda pignoris jus in re
creditori, & hypothecaria actio quæritur. Sed enim, non vt ex nu-
da conuentione jure ſpeciali, jus pignoris reale conſequitur credi-
tor, ita & ex venditione nuda dominium in emptorem tranſire po-
teſt, ſed demum vbi res tradita fuit. Et tum obtinent, quæ dixi- 2
mus, vt dominium emptori nequeat auferri, nec ille de proprie-
tate vinci poſſit. *l. qui à creditore.* 18. *C. de diſtract. pign.* Et, nimirum
quod apparet, terminis habilibus poſitis, vbi res pignorata, fuit pro-
pria debitoris: nam ſi res aliena fuerit, per venditionem eius domino
vero inferri præiudicium non poteſt: ad quem caſum pertinet textus
in *l. reſcriptum.* 12. §. 1. *de diſtr. pign.* qui locus nobis hîc explicandus eſt: 3
Et in eo haud dubiè præſupponitur, jus ſaluum manere domino: Sed
illud tractatur, quæ & quibus competant actiones contra debito-
rem, & an huic pecunia, quam ſoluit emptor, proficiat ad liberatio-
nem. Et proponit JCtus perſonas tres, de quibus poſſit quæri, an il-
lis contra debitorem aliqua actio competat: creditorem, empto-
rem, & dominum rei. Et quidem creditor aut promiſit euictio-
nem (quod facere poteſt, ſed non tenetur, de quo paulo poſt dice-
mus) aut non promiſit. Priori caſu, aut conuentus eſt de euictione, aut
non vel necdum conuentus eſt. Illic, quod creditor præſtitit empto-
ri, iterum conſequitur à debitore, vt *infr.* dicemus, ex locis alijs & ex
hoc ipſo textu, vbi de hoc caſu reſpondet JCtus in fin. creditorem
adhuc debitum perſequi poſſe, quoniam apparuerit, non fuiſſe de-
bitorem liberatum: quoniam vt liberetur, oportet ita ad creditorem
pecuniam perueniſſe, vt ei auferri non poſſit. Hîc, &, ſi nondum con-
uentus eſt creditor de euictione, pro liberato interim eſt debitor,
quin in ſuſpenſo eſt liberatio vt in *fin. h. §.* reſpondetur. *facit l. ſi fun-
dum.* 26. *de ſolution. l. ſi mandato.* 59. *§. creditor. Mandati.* Cui obiici po-
teſt, quod cum res aliena non rectè detur pignori, non videatur ſolu-
tio iſta prodeſſe debitori, etiamſi necdum quidquam nomine euictio-
nis præſtiterit creditor. Quæ obiectio oppugnat & alterum membrũ
principale, quo euictionem creditor non promiſit: quoniam ex hypo-
theſi non rectè conſtitui pignoris, nõ obſtante ſolutione illa, videtur
actio creditori contra debitorẽ manere integra. Hæc obiectio per oc-
cupationem remouetur in noſtro textu *vers. quia ex contractu.* quod ſcil.
quidquid creditor etiam occaſione qualisqualis obligationis (nimirũ

non ritè conſtitutæ) conſecutus eſt propter debitorem, (& occaſione rei quam à debitore accepit) id æquum ſit, vt proficiat debitori, non autem cedat lucro creditoris, quem ſufficit cõſequi debitum ſuum, & ſeruari indemnem, quomodo ſeruatur, vbi necdum conuentus eſt de euictione, & magis vbi de euictione cõueniri non poteſt: nam & quidquid aliàs conſequitur aliunde creditor, id proficit debitori, & imputandum eſt in debitum, vt dicemus *inf. lib. 5. de pignoratitia directa.* & traditur *h. §. vers. nam etſi.* Alterum membrum principale quo creditor euictionem non promiſit, jam attigimus: & eo res caret dubio: & liberatus ſcilicet omnino debitor eſt à creditore quippe cum emptor non creditorem, ſed debitorem cui profecit ſolutio, de euictione conueniat, vt mox dicemus: interim hoc obiter ad *dict. l. 12. §. 1. de diſtr. pign.* notamus, quod dicitur *in pr.* creditorem conueniſſe, ne de euictione teneretur, ita omnis tollendæ dubitationis cauſa propoſitum eſſe: conſtat enim, creditorem de euictione non teneri, niſi expreſsè in eam ſe obligauerit. Atq; hæc de creditore. In *vers. quantum verò.* tractat JCtus de domino rei & emptore. Et hic nimirum, poſt euictionem habet actionem contra debitorem, vbi creditor nominatim euictionem non promiſit: *l. ſi ob cauſam. 13. inf. C. de euiction. l. ſi plus. 74. §. 1. D. eod.* ante enim quamdiu rem ei habere licet, conſtat actionem emptori nullam competere *l. 3. C. de euict.* Dominus autem ſi rem euicerit, cum ita rem ſuam habeat, vtiq; tum contra debitorem non poteſt agere: quæ eſt diſtinctio JCti *hoc noſtro. §. quantum ad dominum, ſi nec dum res euicta* eſt, quantum (hoc enim verbum repetendum eſt) *ad emptorem, poſt euictionem.* Sed quænam eſt illa vtilis actio, quæ datur domino contra debitorem, & cui ea bono, & vnde naſcitur? & ſufficere vtique debet domino rei vindicatio, quam habet contra emptorem, quam nec aliam aut contra debitorem, aut contra creditorem habuiſſet, ſi res vendita non fuiſſet. Accurſius reſtringit id ad caſum, quo dominus ratam habuit venditionem creditoris, & quod tunc contra debitorem cõpetat actio vtilis negot. geſt. ex *l. 3. C. de rei vind.* Sed ibi ſanè ipſe qui ratum habuit, agit contra venditorem, non autem debitor. Sed creditor rem vendidit: niſi dicas, quod creditor ex voluntate debitoris rem vendere intelligatur: aut poſſit dici, competere condictio vtilis ex æquitate, quod cum reipſa pecunia domini, quæ ſcili. ex re eius redacta eſt, liberatus ſit debitor, videatur pecunia domini ad debitorẽ perueniſſe, vt loc⁹ fiat deciſioni.

l. ſi me

l.ſi me & de reb. cred. & pertinet hoc ad notandos circuitus & ambages, quippe aliàs domin⁹ ageret primò cōtra emptorem, hic (promiſſa euictione) contra creditorem, & hic tandem contra debitorem: & quod extraordinaria illa ſit actio, arguit ratio ſubiecta, in *h.* §. *noſtro, ne debitor ex aliena jactura lucrum adquirat.* Jam vt redeamus eò, vnde nos deduxit *dict. l.* 12. §. 1. *de diſtract. pign.* vbi res propria debitoris diſtracta eſt, dominium irrevocabiliter adquiritur emtori: cuius rei bonam quoque rationem ex Dd. affert *Neguzant. p.* 5. *m.* 3. *num.* 4. quod cum creditor, ſiue ſolus, ſiue prior jus vendendi habeat ab ipſo debitore propter jus pignoris, transferat dominium non affectum in emptorem: quod ſecus eſt vbi debitor rem vendit, quam propter jus creditoris, nòn niſi cum onere & ſua cauſa transferre in alium poteſt. Cum hæc ita ſint in venditione, qua creditor rem in alium tranſtulit, etiam & magis obtinebunt in pignore judiciali, ſi res capta in executionem judicati, juſſu magiſtratus fuerit diſtracta, & quidem licet ipſe creditor hoc caſu eam emerit, qui hîc admittitur, *l.* 2. *Cod. ſi in jud. cauſ.* & ad emptionem accedit jure extranei emtoris: Nec aliud dixerim, ſi non comprehenſa emtore judex creditori victori rem pro credito adjudicauerit & addixerit, juxta *l. à Diuo.* 15. §. 2. *de re judic.* Et valde ineptè huc ab Interpp. & qui eos ſequitur *Neguzant. p.* 5 *memb.* 3. *p.* 1. *n.* 7. & 8. videtur adcommodari, quod dici ſolet, factum judicis eſſe factum partis: vt hinc efficiant, non obſtante addictione illa creditorem ſecundum, & cui res addicta eſt, offerre pecuniā & rem luere poſſe, quod haud dubiè poteſt, vbi ipſe debitor rem in ſalutem dedit creditori, de quo *c.* 26. Qui & abutuntur *l.* 3. §. 1. *de jur. dom. im.* vbi ſententia, quam biennium ſequitur, non ſignificat ſententiam, qua res pignorata adjudicatur, ſed quā debitor ſoluere jubetur: ſicut & malè confundunt iidem autores ſententiam aut addictionem pignoris cum decreto ſecundo: de qua re poſt ceteros, videatur *Alex. in l. ſi finita.* §. *Iulianus. de damn. inf. n.* 120. & *ſeq.*

CAPVT XXV.

Potiori jure vendere creditorem, quam ipſum dominum, debitorem.

1. *Creditor non tenetur de euictione.*
2. *Ad l.* 30. *de pign.*

3. *Quid ſi creditor promiſerit euictionem, & ſoluerit n.5.*
4. *Ad l. 8. 1.§.de pign.act.*
5. *Quid ſi creditor duplam promiſerit ad l.22.§.vlt.de pign. act.*
6. *Ad l. 23. de pign.act.*
7. *An creditor necdum re euicta, actionem quam in euentum euictionis habet, alteri cedere poßit.*

DIximus quod creditor vendens rem pignoratam, dominiū transferat in emtorem: itaque hactenus eodem jure vendit quo dominus; præterquam, quod ſi quid non bona fide egerit, pignoratitia actine debitori tenetur, de quo poſt dicemus. Potiori autem jure vendit quam dominus, non tam, quod res vendita à debitore tranſit cum onere, ſed creditor eam liberam vendit, vt juxta prædicta euinci emtori non poſſit. (hoc enim propriam habet rationem, quoniam ipſius debitoris facto & conuentione hoc onus rei inhæret) quā potius, quod ſi
1 res forte aliena fuerit, nō tenetur creditor de euictione: Sed ipſe debitor, quippe cui pecunia quam emptor ſoluit, proficit ad liberationem: & cum creditor ex venditione non niſi quod ſibi debetur cō ſequatur, iniquum ſit illum ob euictionem teneri: cum & quaſi nomine debitoris & ex eius voluntate vel expreſſa vel tacita vendere intelligatur: idq; certo jure eſt traditum. *l. etſi 15. 10. de diſtr. pign. l. ex emto. 11. §. ſententiam. 16. de act. empti. l. 1. & 2. C. cred. euict. non debere*: & ita non tenetur creditor, vt nec pretium quidem cogatur refundere. *d. l. 11. §. 16.* Et Accurſius, & ex eo *Neguz. p. 6. m. 1. n. 40. in pr.* videntur huc referre etiam
2 caſum. *l. periculum. 30. de pign.* non rectè. Vt obiter hoc addam⁹, eius ſpecies hæc eſt. Titius cui ſub hypotheca ædium centum debebantur, nomen id vendidit Sempronio, (nomine ita vendito, quænam actio competat creditori, ſupra diximus) poſt, hypothecatæ illæ ædes euictę fuerunt: quæritur cuius ſit periculum, & an ob id contra Titium Sempronius ex empto habeat actionem? quod negatur: quia venditor nominis hoc tantum neceſſe habet præſtare, quod res fuerit obligata, nō etiam, quod debitor eius fuerit dominus: quemadmodum & cogitur venditor nominis præſtare debitorem eſſe, non autem, quod ſit ſoluendo. *l. ſi nomen. de her. vind.* Quibus conſequens eſt, fruſtra à Goth. obiici ex *l. 21. §. 2. de pign.* quod periculum ſit debitoris: qui enim dicit, quod periculum pignorum ſit emptoris, non ob id negat, quin effectu ipſo incommodum ſit debitoris, ſi res pereat & in *d. l. 30.* emptor nominis

minis non debitori, ſed venditori opponitur. Ceterum, vt redeamus ad noſtram tractationem, ſi res pignorata jure creditoris vendita, euincatur, de euictione creditor (niſi in dolo fuerit, vt docet *l. 2. C. cred. enict. pign.*) non tenetur, ſed contra debitorem cui profecit ſolutio, actio vtilis datur. *l. ſi pignora.* 50. & *l. ſi plus.* 74. §. 1. *de euiction. l. ſi ob cauſam.* 13. *Cod. eod.* & confirmat *t. t. Cod. creditor. pign. euiction.* & omnes textus, qui negant creditorem teneri: cum enim emptorem, qui bona fide acceſſit, non conueniat in damno morari, neq; creditor teneatur, debitorem teneri conſequens eſt, qui vt diximus conuenitur vtili actione, vel etiam contraria pignoratitia, quã emtori creditor cedere cogitur, *l. in creditore.* 38. *de euict.* & diximus ſupra, ſi rem alienam debitor pignori dederit, eum actione pignor. contraria teneri. Atq; hæc ita, ſi creditor non promiſerit euictionem. Quod cum non 5 teneatur facere, ſi fecerit, videri poſſit, eum ſibi imputare debere. Sed non ita eſt, vel quia forte empturus quis non fuiſſet, niſi promiſſa euictione ab ipſo creditore, cuius fidem maluit ſequi: vel quia quaſi nomine debitoris vendi res videtur. Itaque ſi creditor promiſſa euictione conuentus ab emptore quid præſtiterit, regreſſum aduerſus debitorem habet. Puto autem vtcunque euictio promiſſa à creditore fuerit, non tamen fieri nouationem: nec eò minus emptorem aduerſus debitorem, ſi hoc malit aut vtili actione ex empto, aut actione ceſſa experiri poſſe: ceterum ſi aduerſus creditorem egerit, & exegerit, conſulitur primò, creditori aduerſus debitorem, per retentionem, veluti ſi ex plurib⁹ rebus, quas apud ſe habuit creditor, vnam vendiderit. *l. ſi neceſſariis.* 8. §. 1. *de pign act.* quæ loquitur de cautione præſtanda quia res 4 necdum proponitur euicta. Nam cum & hic creditori poſſit imminere periculum euictionis, meritò ſibi de indemnitate à debitore caueri petit: Quod ſi autem res jam euicta fuerit, creditori non amplius ſufficit cautio, ſed actu ipſi ſatisfaciendum eſt: itaque in terminis *d. l.* 8. §. 1. quib⁹ creditor alias res pignoratas tenet, non ante eas reſtituet, quam pecuniam à ſe numeratam debitor reſtituat: & cuius enim nomine competit actione, magis datur retentio. Quia & amplius non dubitem, re euicta, cum ita reuera creditor non ſit pecuniam conſecutus quam reſtituere coactus fuit, ceteras res pignoratas à creditore vendi poſſe. Sed vt dixi in *dict. l.* 8. §. 1. *de pignor. act.* ponitur res nondum euicta: quo caſu necdum actionem vllam creditor habet aduerſus debitorem, vt diſertè reſponſum eſt in *l. reſcriptum.*

12. §. 1.

5 12.§.1.*de diſtr.pign.* de qua paulo ſuperius diximus. Quod ſi conuentus creditor de euictione ſoluerit, contra debitorem, actionem pignoratitiam contrariam habet *l.ſi pignore.22.§ vlt. de pign.act.* Quin imo poſſe creditorem actione priſtina ex contractu debitum perſequi, probatur ſatis per *d.l.12.§.1.in f.de diſtr.pign. l.23.de pignor act.* quoniam poſtquàm rem datam pignori alienam fuiſſe apparet, nec rectè pignus contractum eſſe conſequitur, & poſtquam creditor pretium acceptum emtori refudit, perinde eſt, ac ſi nihil accepiſſet (ex quo probatur, quod paulo ante diximus, res ceteras pignoratas diſtrahi poſſe) *d.l.23* neque potuit debitori talis ſolutio proficere ad liberationem, eo autem non liberato, oportet vt priſtina actio maneat integra, per *d.l.12.§.1 in.fin.* vbi JCtus de veteri actione contractus, non autem de pignoratitia contraria eſt explicandus, contra quam malè *Neguz.p.6.m.1.n.* 43. vbi fruſtra adducit *d.l.22.§.vlt.de pign.act.* nã vt dixim⁹, vtraq; competit ex cauſa diuerſa, atq; ita actio prior contractus cũ pignoratitia cont. conuenit: Illa datur, quoniam euictio ſecuta oſtendit, non fuiſſe liberatum debitorem: hæc, quoniam apparet, rem alienam datam pignori fuiſſe. De illo tractatur, ſi creditor dum vendit pignus, promiſerit duplam euictionis nomine: (quod venditores facere ſolebant, vt *ex tot. tit. de euict.* apparet,) & exactus fuerit, an duplum repetere poſſit à debitore. Eſt de hoc textus in *d.l 22.§.vlt. de pign. act.* Et *Neguz.p 6.m.1.n.*41. *in vers. ſexto quæritur.* proponit tres caſus, quibus creditor poſſit repettere duplum. 1. ſi aliter rem vendere non potuerit. 2. ſi ex conſuetudine regionis dulpa promittenda fuit 3. ſi ob duplam promiſſam pluris rem vendiderit. Sed non probari alteri caſus in *l.* 22. §. *vlt. de pign. act.* ſatis videtur: nam verba quæ ad Neguzant. poſt Dd. ponderat, *nam vſu hoc evenerat.* non ſunt deciſionis, ſed ponuntur in quæſtione, & nihil aliud, quam ita in facto, vt dupla promitteretur, contigiſſe, ſignificant. Et tamèn per ſe rationis eſt, vt excuſatus ſit creditor, ſi fecit, quod ex more regionis faciendum fuit, & quod ipſe debitor ſi vendidiſſet, facere coactus fuiſſet. Reliqui duo caſus ex *dict. l.* 22. §. *vlt.* probantur, illis verbis, *ſi ſine culpa & dolo, vt diligens paterfamilias, &c.* item illis *ſi nullum venditio talis attulit emolumentum.* Extra hos proinde caſus ſi creditor duplam promiſerit, & præſtiterit, ſibi imputabit, & contra debitorem in ſimplum tantum regreſſum habebit, per *l. 23. in pr. de pignor. act.* Ibi enim per debiti ſummam nihil aliud intelligitur, quam hoc ipſum quod in princi-

principali contractu fuit. Sed quod porrò ſequitur in *d.l.23.vers. ſed ſi ſtipulatio*, quoniam ad hanc materiam pertinet, breuiter eſt explicandum. Tractatur ibi caſus, vbi vltra ſummam debiti creditor conſequitur: & eſt talis creditor, qui ſub vſuris quincuncibus ſub pignore fundi centum mutuo dederat, ceſſante debitore fundo vendito per centum, duplam promiſit, poſt quinquennium à die venditionis elapſum, fundus euincitur, & creditor ex ſua promiſſione conuentus duplum præſtitit. Duplum hoc quidem non poteſt à debitore repetere, quia ponimus extra caſus prædictos promiſſam duplam: Sed tamen vſuras quinquenii illius, & ita xxv. vna cum ſimplo jure creditorem repetere reſpondet JCtus. Et ratio hæc eſt: quoniam ſi creditori ſatisfactum non fuiſſet, jure vſuras illas peteret: atquin, vt paulo ante diximus, ſecuta euictione, res perinde habetur: ac ſi nihil ſolutum fuiſſet. Sed obiicitur, quod juxta hanc rationem vſuras & petet creditor illius temporis intermedii, licet tantum promiſerit ſimplum; quoniã illa ratio generalis eſt, & in omni caſu euictionis ſecutæ militat: & tamen JCtus vſuras intermedii temporis, creditorem qui ſimplũ tantum promiſit, repetere poſſe negat. Non ſatis benè remouere id videtur Accurſius. Ego reſpondendum puto, ita quidem jure ſummo ſequi, verũ creditori, vſuras hoc caſu petenti, doli obſtituram exceptionem, quod ille interim vſus fuerit, pretio quod accepit ab emptore: quæ exceptio in caſu promiſſæ & præſtitæ duplex, aut obſtitura non eſt, aut ſi obiicjatur, replicatione elidetur, quod oneratus aliàs ſit creditor, qui præſtare coactus fuit duplum; cui vſurarum iſtud lucellum in vicem computationis cuiuſdam non ſit inuidendum, vt appareat, ſola ratione æquitatis hoc defendi. Jam vt ad quæſtionem redeamus principalẽ, quod creditor de euictione non teneatur, procedit regula, ſi res vendita ſit, creditoris jure bona fide, (nam ſi ſciat rem eſſe alienam & in dolo ſit, ipſe tenetur de euictione: *l.2.C.cred.euict. pign.*) & vt creditor fuerit reuera, & res etiam reuera fuerit obligata, & vt potior ceteris fuerit, *l.1.in f.in.C.d.t.* quæ & ex *eod. tit. l.1.* notat *Neguzant.p.6.m.1.n.40.* quamuis contineri & intelligi poſſint hæc omnia ex verbis, *jure creditoris* quoniam præſupponi creditorem oporteat, qui habet jus vendendi, quod non ſecundo creditori, ſed primo tantum competit, & de eo poſtea ſeorſim agemus. Jam ſupra etiam diximus, quod ſi de euictione non promiſerit creditor, cum

contra cum nullus ſit regreſſus, debitorem liberatum intelligi: ceteroquin liberationem in ſuſpenſo eſſe, ſi creditor euictionem promiſerit, ſiquidem poſtea ſecuta euictione, creditori ſuperſit in debitorem priſtina actio per text. in *l. reſcriptum*.12. §.1. *de diſtr. pign.* Id facere poteſt ad qua ſt. quam *latè tractat* Neguzant. *p.* 1. *m.* 1. *n.* 43. *vers. ſed ſi creditor.*
8 an ſi creditor promiſerit euictionem, & res tamen necdum ſit euicta, actionem ille alteri cedere nihilominus poſſit, quod adfirmat *Neguzantius dicto loco.* idque ex ratione, vt videtur, ſolida, quoniam ſi nondum debitor eſt liberatus, actio cedi communi jure poteſt. Et tamen ita contra diſputari poſſit, quod integra manet actio præter mentem contrahentium, & eorum vtique opinionem, cum creditor diſtrahens exiſtimet rem eſſe debitoris, & in ſolutum accipiat pecuniam ab emptore, pro eo quod debitor ipſi debet: adeoque conſequenter ipſum debitorem pro liberato habere videatur: & quod poſtea euicta re in debitorem priſtina actio competit, fit quaſi ex accidenti, & poteſtate juris, quod conſeruat actionem in incertum euentũ ſecuturæ euictionis. Sed rurſus pro ſententia illa Neguz. replicauero: quod dum creditor euictionẽ promittit, hoc ipſo dubitet an res fuerit debitoris, & quod actionem ſibi in caſum euictionis voluerit eſſe integram & reſeruatam, & quod intellexerit jura, quæ ipſi in iſtum caſum actionem conſeruant: & ideo in hunc ipſum euentum & intelligatur actionem ſibi competituram ceſſiſſe: Et actionem vel ipſam contractus principalis, vel contrariam pignoratitiam, quas in hoc caſu concurrere ſupra monuimus: & de qua actione, nimirum contractus principalis, diximus loqui JCtum in *l.*12. §.1. *de diſtr. pignor.* licet Neguzant. ſed malè, intelligat actionem pignoratitiam contrariam, qui ibidem rectè tamen reprehendit Decium, exiſtimantem, quod vbi creditor promiſit euictionem, re euictâ habeat vtilem actionem ex empto, quod ineptum & falſum eſt, nec quidquam mouet *l. eleganter.* 24. *de pign. act.* quæ tractat alium caſum, quo ipſi creditori, qui rei dominium impetrauit, res fuit euicta: qua de re paulo inferius agemus, circa impetrationem dominij.

Ca-

CAP. XXVI.

Quibus rem venditam, qualem venditionem oporteat eſſe, vt ea habeat ſolidam firmitatem

1. *Creditori ſecundo qui pignus emit, offerri poteſt.*
2. *Idem in fideiuſſore qui emit pignus.*
3. *Ad l. 2. de diſtr. pign.*
4. *An æſtimatio litis hic habeat vim venditionis?*
5. *Quod ſi ipſi debitori res ſit vendita.*
6. *Ad l. 40. de pign. act.*
7. *Venditio per interpoſitam perſonam, caret effectu.*

DIximus in præcedentibus, ita firmam eſſe venditionem, quam creditor fecit, vt res emptori, nec à domino priſtino, debitore, nec ab alio creditore poſteriori auferri poſſit. Id limitatur & declaratur notabiliter, ſi res fuerit vendita extraneo: id eſt, (ita enim in hac materia accipimus extraneum) non creditori alij, non etiam fideiuſſori. Quod ſi enim creditor ſecundus, priori pecuniam ſoluat, quantumuis titulo 1 emptionis ſuſcipiat pignus, debitor offerre ipſi pecuniam, & rem ad ſe auocare poteſt, *l. cum ſecundus.* 5. §. 1. *d. diſtr. pign.* vbi nominatim dicitur, offerre poſſe debitorem, licet ſecundus creditor pignus teneat titulo emptionis. Neque mouet, quod propter titulum emptionis, debitor nec videatur habere poſſe vindicationem, cum vtique dominium per juſtam emptionem transferatur: nec actionem pignoratiam, quoniam vt inf. dicemus, vbi dominium rei conſecutus eſt creditor, pignus finitur. Etenim rectè reſpondetur, non tam quod origo inſpicienda, & ob hoc locus adhuc ſit pignoratitiæ actioni; quam potius quod titulus emtionis, cuius in *d. l. cum ſecundus.* 5. §. 1. *de diſtr. pign. mentio* eſt, ſit non tam realis, quam nominalis, & quod emptio de facto ſaltem proceſſerit, cui ratio juris reſiſtat, quod ex *l. cum poſterior. 6. Cod. de diſtr. pign.* probatur, vbi dicitur, quod vbi creditor poſterior pignus à priori emit, non tam adquirendi dominij, quam ſeruandi pignoris ſui cauſa, dediſſe pecuniam intelligatur: atqui ſi vera emptio ea eſſet, id falſum eſſet, & adquirendi dominij cauſa interceſſiſſet. Atque ita non tam res ipſa, quam jus creditoris prioris in contractum deductũ videtur, & creditor facto ſuo pignoris jus & cau-

ſam mutare non poteſt. Atque hæc ſic obtinent, non tantum in ipſo debitore, vt hic pecuniam offerre poſſit, ſed etiam vt creditor poſterior idem jus habeat. *l.1. Cod. ſi antiquior creditor. dict. l. cum ſecundus. 5. §. 1. de diſtr. pign.* vbi quod dicitur, rectè offerri creditori qui emit, & ad debitorem, & ad poſteriorem creditorem pertinet, in perſona cuius itidem militant jam dd. rationes: neque propter creditoris ſecundi jus pignus finitum prorſus, ſed eius jure ſaluo, venditio aut datio in ſolutum facta cenſetur, vt perinde ſit, ac ſi debitor alij rem vendidiſſet: Secundum quæ cenſeo cum Salic. in *d. l. 1. C. ſi antiq. credit.* ſecundo creditori, cuius ſaluum jus manſit, competere actionē Seruianam, (oblata pecunia ſcilicet) & contra creditorem priorem, qui titulum emtionis obtendit, & contra tertium quoque poſſeſſorem, qui ſiue ab ipſo creditore, ſiue aliunde rem accepit. Atque ita ſi creditor rem emerit.

2 Idem eſt ſi rem emerit à creditore fideiuſſor, *d. l. ſi ſecundus. §. 1. de diſtr. pign.* nam nec iſte juri extranei rem in ſe poteſt transferre, ſed vtcunq; emtionis titulus interuenerit, debitor inſtituta actione mandati rem ad ſe jure auocat, *l. 1. Cod. de dolo malo. dict. l. ſi ſecundus. §. 1. l. mandatu. 59. §. 1. Mandati. & l. Paulus. 59. de fideiuſſ.* Idemque jus offerendi poſterior creditor habet *l. 2. de diſtr. pign.* vbi hæc ratio redditur: quoniam

3 venditio ſit facta ex juris neceſſitate: id eſt, vt Accurſ. intelligit, creditor qui egit contra fideiuſſorem, neceſſe habuit, debito ſoluto in eum transferre jus pignoris, *l. 2. C. de fideiuſſ.* vel potius (neque enim transferre jus pignoris, eſt vendere) quia creditor ex officio judicis pignus & jus ſuum cedit, neque ipſi propoſitum eſt, communi jure rem vendere: adeo vt maximè hic titulus emptionis interueniat, ea tamen pro vera non habeatur, certè non poſſit eo jure haberi, quo illa quam jure communi re proſcripta ſolenniter facit creditor. Ratio ſpecialis in debitore, quod hic offerre poſſit, deſumitur ex *d. l. 1. Cod. de dolo malo. & d. l. 59. Mand.* quod fideiuſſor cenſeatur facere dolo, ſi pignora à fideiuſſore emat, à quo vt excuſetur, ita jura illam conuentionem interpretantur, vt credatur non tam ſibi emiſſe, quam potius debitori pignora redemiſſe. Et id enim vt his ſuum lucrum quærat, ab officio fideiuſſoris cenſetur eſſe alienum: vt facilius tantò debitori jus offerendi debeat permitti. Atque hæc eſt prima huius cap. pars. Titulus & præſcriptio oſtendit, in qualitate emptionis adhuc aliquid deſiderari, vt emptio omnino ſit valida. Et nimirum oportet veram eſſe venditionem, non conuentionem talem, quæ alias quoad quædam

dàm jure noſtro pro venditone habetur. Talis videlicet eſt æſtimatio litis, quæ non vno caſu obtinet locum & vim venditionis: Sed non
hoc caſu. Etenim ſi poſſeſſor conuentus à creditore litis æſtimatio- 4
nem ſoluerit, & abſolutus fuerit, minimè tale jus conſequitur, quale habet, qui rem à creditore ſolenniter diſtractam emit: ſed nihilominus à ſecundo creditore Seruiana actione conueniri poteſt, etiam non oblata pecunia per *l. creditor. 12. §. 1. Qui potiores.* vbi de extraneo poſſeſſore tractatur: Quod ſi enim idem qui litis æſtimationem ſoluit, fuerit creditor hypothecarius, ſoluendo in locum creditoris prioris ſucceſſit, *de quo inf.* Rationem, & cur adhuc poſſeſſor extraneus poſſit conueniri, hanc in *d. l. 12. §. 1.* reddit JCtus, quod perinde ſit, ac ſi ipſe debitor (pro quo & hoc caſu poſſeſſor ſoluere videtur) pecuniam primo creditori ſoluiſſet: quo dimiſſo pignus ſecundi, jure communi confirmatur: & adeo actio Seruiana ſecundi creditoris fundata eſt contra poſſeſſorem: qui exceptione nuda, ſolutionis à ſe factæ ſeſe non poteſt defendere. Et rationem tamen dubitandi facit, non tam quod poſſeſſor qui litis ſoluit æſtimationem, ſubeat vicem emptoris per *l. eius. 46. de rei vind.* quam potius, quod ſi poſſeſſor rem reſtituiſſet, non poſſet à ſecundo creditore conueniri, & æſtimatio in locum rei ſuccedere videtur. Et ad prius illud jam reſpondimus, dum æſtimationem litis hoc caſu haberi pro venditione negauimus, & vtique talis ea non eſt venditio, qualis hîc requiritur: Et in *dict. l. 46.* tantum eſt comparatio ſecundum quid; & quæ tum præcedit; vbi jus omne ad rem hæret in ſolius petitoris perſona: veluti cum poſſeſſor domino vindicanti rem, & in qua alius nullus jus habet, præſtat æſtimationem. Atqui hic & ſecundus creditor jus in re habet, quod priori dimiſſo firmatur: quo fit vt Seruiana actio negari non poſſit poſteriori creditori: Quod attinet ad obiectionem poſteriorem, vulgo tenditur in ſingularibus non eſſe ſubrogationi locum: & ea eſt natura actionis Seruianæ, vt contra quemuis poſſeſſorem detur: veluti ſi quis vindicanti rem jure dominij, æſtimationem ſoluerit, & ita abſolutus ſaltem, non verò dominus pronuntiatus fuerit, nihilominus ab alio, dominum ſe adſerente poteſt conueniri. Et hæc obtinent, ſi nihil aliud præter æſtimationis nudæ ſolutionem interceſſerit. Quod ſi enim jus pignoris ex pactione, creditor primus in poſſeſſorem præterea tranſtulerit, (& id fieri poſſe infr. dicemus) iam dubio procul poſſeſſor qui ſimul litis æſtimationem ſol-

uit, creditorem poſteriorem repeller, cum in jus primi ipſe ſucceſſerit. Neque de iniuria ſibi illata conqueri ſecundus creditor poteſt: quoniam niſi poſſeſſor priori creditori pecuniam ſoluiſſet, ipſe ſuo loco ſecundus & poſterior creditor manſiſſet: aut ipſe offerre pecuniam creditori priori neceſſe habuiſſet. Porro poſſeſſor, qui tantum litis æſtimationem ſoluit, non tantum à poſteriori creditore, ſed & à debitore ipſo conueniri poteſt: & ab illo quidem ſimpliciter: ab hoc, litis æſtimatione oblata, quam ſoluit poſſeſſor, quia ipſe liberatus eſt per eam ſolutionem, (cum & quiuis pro debitore ſoluens ſibi paret negot. geſt. actionem) *l. ſi creditor* 28. *de pign. act. l.* 2. *Quib. mod. pign. ſolu.* ex quo loco cum probetur, debitori rei vindicationem competere, conſequitur neceſſario, quod poſſeſſor per æſtimationem litis, dominus rei non ſit effectus. Et quo ad hoc, & nimirum ad debitorem nihil intererit, an æſtimationem litis tantum præſtiterit poſſeſſor, an etiam vis pignoris in ſe tranferri curauerit. Cum porrò, vt in prima parte cap. diximus, venditio non ſit omnino firma & valida, ſi res in creditorem alium, aut fideiuſſorem translata ſit apparet, tanto minus
5 venditionem vtilem fore, ſi ipſi debitori res ſit vendita. Poſſit equidem illud videri carere dubitandi ratione. Et tamen de eo reſponſum eſt in *l. debitor.* 40. *in pr. de pignor. actione.* vbi ratio redditur, à nullitate contractus, qui nullum poteſt parere effectum, cum nec quiſquam rem ſuam poſſit emere. Et adeo manet res in ſtatu ſuo, & non niſi toto oblato & ſoluto debito, poteſt aut actione pignoratia, aut rei vindicatione debitor experiri *d. l.* 40. *in pr.* Idem vt videl. actus & contractus ſit null9, obtinet, ſi nummis peculiaribus filius debitoris, in cuius poteſtate eſt (ex peculio ſed profectitio) pignus venditum ſibi
6 emerit à creditore *d. l. debitor.* 40. §. 1. *de pign. actione.* quem locum vt obiter explicemus, proponitur ibi libertus Sempronij, pecuniam mutuam accepiſſe à Titio, eique ſuum fundum hypothecæ dediſſe, quem vt dixi, filius debitoris nummis peculiaribus, nulliter emit. Libertus poſt facto teſtamento patronũ Sempronium præterijt, qui petita contra tabb. bonorum poſſeſſione partem obtinuit, & adeo porrò vt ait JCtus in parte bonorum, ſimul etiam illius fundi pignorati partem, quam per partem dominij intelligit JCtus, conſequitur. Acc. & Cuiac. amplius ponunt. quod libertus debitor filium exheredauerit, quoniam filius heres excludat patronum ex §. *Sed noſtra.* 3. *Inſt. d ſucceſſ. libert.* Sed enim id poſtea introductum fuit, & temporibus Papini-
ani,

ani, cuius eſt hoc reſponſum, ex L. Jul. Papia patronus præteritus cum filio vno, imò & duobus, liberti, petita bon. poſſeſſione contra tabb. in virilem partem concurrebat, vt eſt in §. *poſtea. Inſt. de jure. lib.* Et hoc igitur caſu proponitur filius qui in poteſtate fuit ex peculio profectitio rem emiſſe à creditore. Quod ſi enim emancipatus fuiſſet, vel ex caſtrenſi peculio pecuniam dediſſet, res pignorata ex dominio patris exiiſſet, nec patronus in ea partem conſequi potuiſſet; at enim quia emptio eſt nulla, ideo inter cetera bona liberti, partem huius quoque rei conſequitur patronus, quæ quippe in bonis liberti manſit. Illud vero vltro apparet, quod licet nulla ſit emptio, tamẽ ſolutio pecuniæ, quam accepit creditor, proficiat debitori ad liberationem pignoris, & ſiquidem ſit pecunia eius ſummæ & quantitatis, cuius eſt debitum, totum quoq; pignus liberatur, quod in ſpecie *d. l.* 40. §. 1. contigiſſe proponit JCtus, etenim aliàs neceſſariũ id nõ eſt ad inducendũ effectum, qui ibi proponitur, vt partem conſequatur patron⁹: nam & dominium pignoris non liberati tranſit cum ſua cauſa. Et propterea Cuiac. ad Papin. in *d. l.* 40. particulam Nam ait non eſſe cauſalem ſed repletiuam, & idem ſignificare, quod verbum *ceterum*. Sed ego putarim quod ibi JCtus de translatione & adquiſitione dominii agere voluerit, quæ patrono ſit vtilis & lucroſa, quandoquidem dominium cum onere pignoris, non multum lucri ſolet afferre, præſertim in iſto caſu, quo patronus pro parte heres, debiti quoque partem agnoſcere cogitur. Ideoque Papinianus caſum liberati pignoris tractauit. Denique ad hoc caput, & ad id quod initio de re in extraneum collata diximus, addendum eſt, quod ſi fraus & ſimulatio interuenerit, & forte creditor per interpoſitam perſonam ſibi negotium geſſerit, & rem emerit, oblationi debiti & pecuniæ locus ſit: oportet enim vt res verẽ citra ſimulationem in emptorem extraneum ſit collata: quod probatur per *l. & qui.* 10. *C. de diſtr. pignor.* Et præſumitur fraus & ſimulatio, ſi creditor poſt venditionem, in continua rei pignoratæ, quam ſe vendere profeſſus eſt, poſſeſſione manſerit: per *d. l.* 10. *Cod. de diſtr. pign.* & notandum ait *Neguz. p. 6. m. 1. num. 26.* 7

C a-

Capvt XXVII.

Quod debitor aliquando non obſtante venditione legitima, rem emptori euincere poſſit.

1. *Ad l. 13. de pignor. act.*
2. *Quomodo ex pacto creditoris ſine ceſſione, competat debitori.*
3. *Ad l. 7. §. 1. de diſtr. pign.*

TRactauimus jam ſatis de venditione pignoris, in qua collata & qualis eſſe debeat, vt creditori ſecundo quin & ipſi debitori jus non ſit eam ab emptore repetere eique auferre. Et tamen eſt caſus notabilis, quo debitor rem ita venditam, non quidem jure proprio, ſed ex pactione creditoris qui vendidit, rem auocare poteſt ab emptore. Et tractatur hoc in *l. 7. in pr. & §. de diſtr. pign. & in l. ſi cum. 13. de pign. act.* Et illud liquidum eſt, quod in *pr. d. l. 7.* traditur, ſi vendendo pactus creditor ſit, vt liceat pignus pecunia reddita recuperare (ex quo pacto incontinenti adiecto competit aut actio contractus emptionis, aut præter verb. vt tractatur alibi) poſſe conſequi debitorem inſtituta actione pignoratitia, vt actio, quam ex hoc pacto creditor quæſiuit, ipſi cedatur. Quod rationi & juri conuenit, & æquum eſt, vt hactenus commodo debitoris pactum iſtud cedat, *arg. l. 12. §. 1. de diſtr. pign.* Sed quæ ſequuntur in *d. l. 7. in f. pr. & §. 1.* & quæ traduntur in *d. l. 13.* habent difficultatem. Et illud quidem expeditur facile, quod in *dict. l. 7. in f. pr.* traditur, idem in hypotheca obtinere: & poteſt enim iſtud intelligi de actione in factum (de qua in *dict. l. 13.*) quam inſtituat debitor contra creditorem, vt ſibi cedantur actiones: nam cum actio pignoratitia ex contractu naſcatur, dubitare poſſit, an in terminis hypothecæ in ſpecie dictæ locum habeat iſta actio: aut potius dicam, quod (vt & ſupra non ſemel diximus) tranſire hypothecam, cuius creditor adprehendit poſſeſſionem, in naturam pignoris, vt proinde actioni pignoratitiæ poſſit eſſe locus, vt pluribus dicemus *inf. vbi de pign. act. lib. 5.* ſed ſcrupulum mouet, quod in *d. l. 13. de pign. act.* proponitur creditor pactus debitori, vt ſi ſoluerit pecuniam, liceat ei recipere rem, quam creditor vendidit. Conſtat autem quem alteri fruſtra paciſci aut ſtipulari, & ita quidem inutilem eſſe pactionem, vt nec ipſi paciſcenti, nec ei cui pactum eſt, actio adquiratur.

Vtiq;

vtique cum ex multis cauſis ex conuentione vnius alteri quæratur vtilis ſaltem actio, & vtique ei qui ſtipulatus eſt alteri, actio non adquiritur. Et cum itaque ex pactione quæ in *d.l.13.* proponitur concepta in perſonam debitoris, non poſſit creditori vlla actio adquiri, qui tandē fieri poteſt, vt, quod traditur in *d. l. 13.* cedat actionem, quam nullam habet? Ant Faber *dec. 22. cap. 9.* dum diſputat contra *vers. vlt. d.l.13.* iſtum tamen ſcrupulum non mouet, qui tamen præcipuus mihi videtur. Caſtrenſis *in d.l 13.* notat, quod licet pactum conceptum ſit in perſonā debitoris, tamen creditori actio directa quæratur: ſed obiectionem, quam propoſui, remouet nec verbulo. Vix habeo quod dicam, niſi quod poſtquam placuit, vt pactum eſſet vtile & prodeſſet debitori, cōſequenter id quoq; placuiſſe vt principaliter radicaretur in perſona paciſcentis cū adiectū emptioni vix poſſit ineſſe niſi ita vt venditori quoq; actio quæratur directa: cum præterea hoc pactum poſſit ita explicari, vt proſit debitori per creditorem: & inſuper vt *Bart. Salic. & alij notant in d. l. 13. arg. §. 1. Inſt. Quib. mod. alien. licet.* (vbi creditor dicitur alienare pignus ex voluntate debitoris) Item *Dd. in l. 9. de noui op. nunt. Neguzant. p. 6 mn. 1. n. 13.* creditor quaſi pro lucratorio nomine intelligatur vendere pignus. Sequitur hinc alius ſcrupulus ex *d.l. 13.* quomodo, vt eſt in extremo, etiam ſine ceſſione poſſit debitor contra emptorem, actione in factum: & ad huc magis, quomodo poſſit experiri rei vindicatione: nam & conſtat per venditionem creditoris, translatum eſſe dominium in emptorem: neque hoc pactum facere poteſt, vt ne ſit dominus, aut dominium ab eo abeat, & transferatur in debitorem: cum nec hic appareat, quæ ſit cauſa & mater huius actionis in factum. Et ſane his & aliis id genus rationibus motus *Ant. Faber decad. 22. err. 9. vers vlt. d.l.13.* à Triboniano adiectum eſſe cenſet. Sed vtcumque res ſe habeat, & vt maximè Tribonianus hoc adiecerit, nobis tamen ea ſententia, quæ autoritatem legis habet, defendenda & aliqua eius ratio reddenda eſt: Facit pro Fabro, quod in *l 7. in pr. de diſtr. pignor.* dum JCtus in caſu quo pactus eſt creditor in ſuam perſonam, reſpondet rectè diſtractum eſſe pignus, & ſaltem debitori hoc remediū proponit, vt inſtituta pignoratitia, actionem ſibi cedi faciat, ſatis negare videtur hoc ipſo tum alias actiones, tum imprimis vindicationem, qua admiſſa, neceſſe eſt emptionem pro inualida haberi. Equidem ſi quod eſt in *dict. l. 13. in fin.* Triboniano imputamus, hic parata reſponſio eſt, quod in *d l. 7. §. 1.* proponatur mera ratio juris, à qua ſæpe diſceſſit Tribo-
 nianus

Digitized by Google

nianus. Sed & aliàs vt maximè rectè ſit diſtractum pignus, poteſt tamen offerente pecuniam debitore, haberi pro reſoluta, vt vindicationi locus fiat: aut non tam directam hic vindicationem, quàm vtilem competere dicemus, cuiusmodi quidem & contra ipſum dominũ dari poſſe, quod impudenter negat Faber *d. c. 9. dec. 22.* euidentes textus juris probant in *l. Si vt propon. 8. Cod. de rei vind. l. 1. Cod. de donat. quæ ſub mod. l. ſi mortis. 29. in fin. cum. l. ſeq. de mort. cauſ. donat. l. 2. quand. ex fact. tut. l. vxor. 55. in fin. de don. int. vir. & vxorem.* Interpp. noſtri varia commentiti ſunt, & varios excogitauerunt colores, quibus ſententiam illam ſingularem *d. l. 13, in fin.* defenderent. Et referente Accurſio fuerunt, qui ſolummodo actionẽ in factum admiſerunt, non rei vindicationem, & ideo per verba *d. l. aut in factum.* prius illud de rei vindicatione corrigi exiſtimarunt. Alij diſtinxerunt, an verba pacti reſolutiua, an inflexa fuerint, veluti *vt res reſtituerentur*: Illo caſu in rem, hoc a. in factum competere: quos Neguz. refert & ſequitur *p. 5. membr. 3. n. 4. vers. ſextò reſtringitur.* idq; & Salicet. probat, qui alternatius, ita vt dixi, in factum actionem, aut rei vindicationem competere putat. Alexander porrò *vol. 1 conſil. 10.* hoc vtitur colore, quod creditor adiecto hoc pacto non tam dominium, quam *jus* pignoris transferre voluiſſe intelligatur. Addunt alii, quod iſtud pactum debitori tantò facilius prodeſſe debeat, quod ſuper re ipſius interpoſitum, & quaſi procuratorio nomine, vt paulo ſuperius diximus, factum intelligatur, & non vno caſu ex conuentione procuratoris & citra ceſſionem domino competit actio: & tamen ea non in rem, ſed perſonalis. Accedit, quod quocunq; caſu reſciſſa venditione, dominium rei ad debitorem redit, *l. voluntate. 10. §. 1. Quib. mod. pign. ſolu.* Quod in ſpecie attinet illam actionem in factum, quæ proponitur *in d. l. 13.* an fortaſſis dicemus, illã competere eò quod ipſius quoq; creditoris interſit, teneri emptorem debitori, quod alias creditor forte ob venditam rem conueniri poſſit pignoratitia actione: quomodo exceptio pacti dicitur prodeſſe his, quibus vt proſit, intereſt paciſcentis. Sed ſane facilius eſt, vt exceptio alicui detur quam actio. Quod autem intereſt debitoris, non poteſt, vt actio ei detur, facere: & quod dicimus valere ſtipulationem in alterius perſonam collatam, ratione eius quod intereſt, eo pertinet, vt ipſi ſtipulanti actio detur, ſi non fiat, quod promiſſum eſt, & quod fieri, intererat paciſcentis. Ceterum huc quoque referri poteſt, quod de vẽditione procuratorio nomine celebrata, & pacto ſuper re ipſius debitoris

bitoris

bitoris interpoſito, diximus. Nec poteſt alia actio intelligi niſi ſubſidiaria, quam ex æquitate ſiue Tribon. ſiue Paulus propoſuit. Et vtile eſt, habere actionem, ex propria perſona potius, quam vt conuenire neceſſe habeat creditorem ſuper cedenda actione. Porrò vt etiam ali- 3
quid dicamus ad *l.7.§.1.de diſtr.pign.* probat ille locus, quod ſupra diximus de pacto reſolutiuo. Et ait enim JCtus, ſi ita pactum ſit, vt ſi ſoluat debitor pecuniam intra certum tempus, emtio reſcindatur, debitorem poſſe rem recuperare. Et ſi enim coniungas textum in *d.l.13.* per actionem in rem recuperabit debitor pignus. Et poteſt verbum *reſcindi* latius hic, vt & alibi vſurpari, vt ſignificet contractum declarari nullũ: neq; n. aliud hîc remediũ contract⁹ reſcindatur. Et forte ideo debitori etiam vindicationem dedit Tribonian. quod alias ſi emptor rem in alium transtuliſſet, nulla debitori actio ſupereſſet. Nam ſane Tribon. quoq; textui in *d.l.7.§.1.de diſtr.pign.* admouiſſe manum videtur. Nam quæſtio initio propopoſita, an liceat debitori, ſoluta pecunia, hypothecam recuperare, indigna prope JCto, certè dubitatione vix digna eſt; cum liquidiſſimi juris ſit, & traditum pluribus locis, vt ex ſuperioribus patet, pignore rectè vendito & in extraneum translato, nullum eſſe offerendi aut luendi locum: & vt habere poſſet occaſionem tractandi caſum, quo creditor pactus eſt debitori, more ſuo alium caſum, qui indubitabilis eſt, promiſit: Sicut & dubitatione caret, quod in *fin.* §. de reſtitutione danda pupillis & reipub. cauſa abſentibus, tractatur.

CAPVT XXIIX.

Si venditio non ritè facta & aliqua fortè ſolennitas fuerit omiſſa.

1. *Venditio ob fraudem non protinus eſt nulla.*
2. *Quando & qua actio debitori detur contra emptorem.*
3. *Ad l.1.C.ſi antiq.cred.& l.27.C.de euiction.*
4. *Ad l. 4. C. ſi vend.pign.ag.*
5. *Quibus caſibus venditio pignoris ſit nulla.*
6. *Venditione reſciſſa ad debitorem redit dominium.*

RES ita ſe habet, vt licet aliquid omiſſum ſit, licet etiam non bona fide vendendo egerit creditor, nõ tamen propterea protin⁹ nulla ſit venditio: textus in hanc rem ſunt *in l.ſi ceſſante.7.C.de diſtr.pign.* vbi

ſi fraudulenter egit creditor, ipſe dicitur cõueniendus nõ emtor, (qui i conueniri vtiq; poſſet rei vindicatione, ſiquidẽ contractus eſſet nullꝰ) & in *l. Credit. 4. C. eod.* ſi fraus cõmiſſa ſit, inferendã eſſe actionẽ quæ cõpetit eo nomine, (quæ nulla alia eſt niſi pignoratitia) & in *l. 1. C. ſi vend. pign. agat.* ex qua duplex petitur argu. 1. quod in pr. dicitur creditorem qui fraudem admitit in venditione, teneri præſtare, quanti debitoris intereſt: 2. quod in *vers. Quodſi.* traditur, tum demum regreſſum & actionem dari aduerſus emptorem, ſi hic fraudem participauerit & creditor non ſit ſoluendo: vt adeò illis duobus demum concurrentibus, contra emtorem liceat experiri: non, ſi creditor ſit ſoluendo, licet emptor participauerit fraudem: non rurſus, ſi emptor nihil dolo fecerit, licet creditor non ſit ſoluendo: & dolus enim reqiritur in emtore *l. 1. C. ſi vend. pign. ag.* quam etiam communem opinionem Interpp: & quod contra emptorem exſortem fraudis, nec in ſubſidium actio detur, refert & probat *Neguz. p. 6. m. 1. gloſſ. & Dd. in d. l. 1.* Quid ſi autem creditor bona fide egerit & emptor ſolus ſit in dolo. Hunc equidem caſum oportet eſſe rariorem, & tamen poteſt contingere, vt machinis quibuſdam, v. c. vt viliori pretio rem vendat, creditori perſuaſerit. Et hoc ſane caſu, cũ creditor ſit excuſatus, videndum eſt, an & quæ actio competere poſſit contra emptorem: quod & illo caſu, quem diximus quæritur, quo creditor, qui dolum participauit, ſoluendo non eſt. Ponimus autem, venditionem eſſe validam, vt locus non poſſit eſſe rei vindicationi. Vbi creditor eſt immunis à dolo, & dolus ab emptore ſolo commiſſus, res eſt liquida, & hoc caſu habet ex vendito actionẽ creditor contra emptorem, quã actionem conuentꝰ pignoratitia actione tenebitur cedere debitori. Quod ſi autem creditor & ipſe dolum admiſit, difficile eſt dicere, eum habere actionem contra emptorem itidem doloſum. Itaque quidam vtilem actionem in rem, alij actionẽ in factum ex Edicto fraudatorio, proponunt cõtra emtorem. Et fortè dixerit quis reſtituendum in integrũ debitorem eſſe, ex generali clauſula *ſi qua mihi juſta cauſa.* &c. ſicut alibi & in his terminis ſuccurritur læſo aduerſus tertium, vbi ille, qui ex ratione juris alias conueniendus erat, non eſt ſoluendò. *l. 3. §. 1. de eo per quem fact. erit.* Itaque reciſſã per in integrum reſtitutionem venditione, vindicationi locus erit. Et ſanè iniquum eſſet, in damno morari debitorem, & contra emptorem doli ſui ſentire lucrum. Et hoc tanto facilius admittendum eſt, quoniam fit ſine damno emptoris, cui quippe debitor pretium, quod ſoluit, re-

netur

Digitized by Google

netur offerre, vt eſt in *dict. l.* 1. *Cod. ſi antiq. cred.* Nec eſt contrarium
quod reſcripſerunt Impp. in *l. ſi fundum.* 27. *Cod. de euict.* ſi quis ſciens 3
fundum alienum vel obligatum emerit, eum non poſſe petere pretium quod dedit; tantum abeſt, vt dominus vindicans id teneatur
reſtituere. Et eſt enim duplex inter vtrumque caſum diuerſitatis ratio, 1. quod in *d.l.*1. vendidit rem creditor, qui habet jus diſtrahendi, vt loquitur *d.l.*1. & vendidit rem, quam ipſe debitor & dominus
rei obligauit. At in *d.l.*27. nec creditor nec dominus, ſed alius non
dominus, & cui jus vendendi non erat, rem diſtraxit: vel ſi dominus
fuit, non tamen habuit fundum penes ſe liberum, quem adeo cum onere ſuo tranſtulit in emtorem: nā quod in *d.l.*27. de fundo obligato,
id eſt, hypothecato, dicitur, non tam ad caſum, quo non dominus, ſed
magis quo dominus idemque debitor vendidit, pertinet, qui ignorante creditore rem diſtraxit; quam creditor cuicunque poſſeſſori etiam
ſi dominus ſit, etiam non refuſo pretio, jure ſuo euincit. Altera diuerſitatis ratio eſt, quam Accurſ. notat. in *l.* 1. *Cod. ſi. vend. pign. ag.* quod
pecunia, quam numerauit emptor, debitori profecit ad liberationem, vt proinde eam refundi æquum ſit, ne aliàs debitor cum aliena
jactura locupletetur. Sed porrò ei quod diximus, tum demum manus porrigi in emtorem, ſi creditor non ſit ſoluendò, non parum videtur obſtare. *l.*4. *C. ſi vend. pign. ag.* vbi non tantum actio dicitur competere contra creditorem, ſed etiam contra emptorem, qui fraudis par- 7
ticeps fuit: quæ verba probant vtriusque actionis concurſum. Sed enim *d.l.*4. ex *l.*1. *C. eod. tit.* explicanda eſt, & intelligendum, iſta remedia
proponi ordine ſucceſſiuo, vt primum conueniatur creditor, & tum
ſi hic non ſit ſoluendò, eatur ad emptorem: & hoc enim eſt, quod in
*d.l.*1. dicitur, *ſi de bonis creditoris condemnati pecunia ſolui non potuerit*, quæ
perſpicuè oſtendunt; judicialiter prius excutiendum eſſe reum principalem, qui hic eſt creditor, vt actio contra emptorem locum poſſit
habere. Itaque *d.l.*4. *C. ſi vend. pign. ag.* hæc eſt ſententia, quod non tantum ſit actio contra creditorem, (& hunc ſcilicet primò) ſed etiam
contra emtorem, ſi nimirum creditor conuentus, non potuerit ſatisfacere, vel aliàs non ſoluendo eum eſſe conſtet. Notandum autem
eſt *ex d.l.*4. quid in actionem eam, quæ contra emptorem datur, veniat,
vt nimirum reuocatis his, quæ mala fide geſta eſſe conſtiterit, & fructuum & damni raio habeatur: Quæ verba, maximè de damno, arguere videntur, perſonalem eſſe hanc actionem, quæ etiam tantum

 propter

propter emtoris dolum datur, nec contra textum porrigenda videtur, quamuis ſane, ſi, vt ſupra diximus, reſtitutioni locum facimus, poſſit ex cauſa magiſtratus, reſciſſa venditione, actionem in rem dare debitori contra tertium poſſeſſorem: vtcunq; verba *d.l.4.* quæ eſt Gordiani, videantur innuere actionem ordinariam. Igitur, vt eò redeamus, emtor non tenetur, niſi in dolo ſit, vel dolum participauerit, nec creditor ſit ſoluendo. Si bona fide emerit, non tenebitur. Cui rurſus non obſtat *l. emtor. 65. in pr. de rei vind.* non tam, quod ponendi ſint termini habiles (nec enim aut fraudis admiſſæ, aut quod creditor non ſit ſoluendo, mentio ibi eſt) quam quod ibi tractetur caſus diuerſus, quo res non à creditore, qui dominiũ transfert in emtorem, vendita fuerat, ſed ab alio, nõ domino: & contra emtorẽ creditor, cui à vero domino res oppignorata fuerat, actionem hypothecariam inſtituerat, & conuentus emtor litis æſtimationem ſoluerat creditori: qua non obſtante, vt ſupra diximus, integra manet debitori, qui dominus eſt, rei vindicatio, ſi modo offerat pecuniam, qua actione in *d.l.65.* emptor conuentus à debitore, proponitur. Et cum igitur non detur actio contra emptorem qui dolo caret, multò minus in his terminis debetur contra tertium poſſeſſorem, & adhuc minus contra eum, qui rem vſucepit, *l.2. C. ſi vend. pign.* Et hæc ita obtinent, vbi quid peccatum in venditione, ſed ipſa tamen valida fuit. Quod ſi nulliter facta ſit
5 venditio, cum ex tali venditione dominium transferri non poſſit, palam eſt, debitorem à poſſeſſore quocunque vindicare rem poſſe, per *l.2. C. ſi vend. pign.* vbi Gothof. verba, *nullo iure*, malè explicat, *non obſeruatis ſolemnitatibus* & malè adducit *l. 4. C. eod.* etenim ob omiſſam ſolennitatem aliquam venditio non protinus eſt nulla: & nominatim in *d.l.4.* contra emptorem promittitur actio, ſi ille admiſerit dolum & fraudem participauerit: Atquin vbi venditio nulla eſt, non neceſſum eſt fraudem commiſſam eſſe ab emptore, ſed ſimpliciter tum rei vindicatio debitori competit: & rurſus quod in *d.l.2.* non fuerit quidquam fraudis cõmiſſum, ex eo colligitur, quod ſimpliciter debitori & heredi in poſſeſſores actio datur, vt tn. pretiũ & pecunia offeratur, quæ licet ex inutili cauſa numerata, ad liberationẽ profuit debitori, de quo benè Accurſ. *in d.l.2.* Multis autem caſibus poteſt nulla eſſe venditio, & eſt caſus generalis, ſi creditor necdum habuerit jus vendendi, veluti ſi hypotheca ſub conditione contracta aut ipſum debitum principale ſit conditionale: idemq; eſt in die, ſi antequam venerit, hypotheca vel

pignus

Digitized by Google

pignus fuerit diſtractum: vel etiam ſi contra formam pacto adiectam quid fuerit admiſſum. Cęteroquin extra hos caſus, venditio ipſo jure valet, cum creditor jus diſtrahendi habet. Illud quoq; conſtat, nullam eſſe venditionem, (qui eſt alius caſus generalis) vbi pignus rite conſtitutum non eſt, veluti ſi creditor vendiderit rem, quam mulier pro alio pignori dedit, in quibus terminis mulier rem vindicare poteſt, *l. redemtoris*. 39. §. 1. *de rei vindic.* quoniam, vt eſt in *l.* 40. *eod.* nullum pignus venditum intelligitur. Quò etiam pertinet, ſi debitor ea fecerit, per quæ liberatur pignus: veluti ſi ſit paratus ſoluere: & forte tantum de calculo fuerit controuerſia, per text. *in l. ſi reſiduum.* 5. *C. de diſt. pign.* & adeo nulla multo magis erit: ſi debitor obtulerit ei conſignatam, cum creditor eam nollet accipere, pecuniam depoſuerit; *l. ſi priusquam* 8. *C. d. t.* ſi modo, vt ibi additur, pecunia eo tempore, quo creditor pignus diſtraxit, in eadem cauſa fuit & permanſit, & nimirum conſignata adhuc & depoſita fuit. Quod ſi enim pecuniam debitor ad ſe receperit, nec admonitus ſoluerit, venditio valet; nam & alii effectus depoſitionis tum ceſſant; idque ſignificant verba *l. 1. in C. Qui pot. nec in vſus ſuos conuertit*, & in *l. acceptam.* 19. *C. de vſur. in f. niſi forte receperit*, idemq; docet *l. debitor.* 7. *D. de vſuris.* Et his caſibus omnibus manet dominium rei pignoratæ apud debitorem. Vbi obiter notandum, 6
quod ſi rei pignoratæ venditio facta à creditore quocunque caſu reſcindatur, eius dominium ipſo jure in priſtinam cauſam, & ad debitorem reuertatur. Textus, quem ad hoc *cap. præc.* citauimus, *in l. ſi voluntate.* 10. §. 1. *Quib. mod. pign. ſolu.* vbi additur ratio dubitandi, quod cũ creditor vendendo pignus, eius dominium transferat, videatur reſciſſa venditione ad ipſum reuerti. Sed leuis ſanè iſta ratio eſt, quoniam dominium pignoris creditor numquam habuit, & ille vendit rem non vt ſuam, verum vt alienam, &, vt ſupra attigimus, quaſi procuratorio nomine.

CAP. XXIX.

De perſonis quæ pignus vendere poſſunt.

1. *Succeſſor ſingularis an diſtrahat pignus?*
2. *Creditor ſecundus pignus jure non vendit.*
3. *Quid ſi id fecerit an primo contra eum actio ſit. ad l. 1. de diſtr. pign.*
4. *An ſine interuerſione poſſeſſoris fiat furtum?*
5. *Ad l. 21 §. 5. Qui pot.*
6. *Singulare priuilegium fiſci.*

7. *Quid*

7. *Quid ſit rem vendere jure creditoris.*
8. *An vendere creditor poßit rem quam debitor poßidet, ad l. pen. de diſt. pign. & ad l. 14. C. eod.*
9. *Ad l. 22. §. 3. de pign. act.*

FOrſitan de hoc ſub pr. tractationis, de jure vendendi pignoris agendum fuiſſet: ſed parum id ad rem facit. Perſona, quæ vendere pignus poteſt, vno verbo, eſt creditor, & ſiue ille ipſe qui obligationem contraxit, ſiue qui in locum ſucceſſit: Id ex hactenus dictis ſatis apparet. Et de ſucceſſore vniuerſali, qui ſuccedit in jus omne, & defunctum repræſentat, dubium eſſe non poteſt. Et tamen idem, & in ſucceſſore ſingulari aliquando obtinet, velut ſi ei nomen, quod annexam hypothecam aut pignus habet, in ſolutum datum aut venditũ fuerit *l. ſi in ſolutum. 6. C. de O. & A. l. mandati. 14. C. de fideiuſſ.* Vendet autem iſte ſucceſſor ſingularis, pignus, jure cõmuni: & ſi quid enim ſpecialiter inter creditorem & debitorem vltra jus commune conuentum ſit, illud in ſingularem ſucceſſorem non transferre magis eſt: cũ nec pactũ proſit regulariter tali ſucceſſori, & facit *l. ſi neceſſarias. 8. §. de vend. 4. de pign. act.* quæ tantum meminit heredis. Id fruſtra quis monuerit, oportere pignoratitium eſſe creditorem: Sed non fruſtra hoc, vt effectũ, de quo ſupra egimus, habeat venditio, oportere pignus eſſe venditum, à creditore anteriori: ſecundus enim creditor non rectè vendit *l. 1. ibi nullo jure de diſtr. pign. & l. cum ſecundus. 5. eod.* quæ tum demum ſecundo jus vendendi permittit, ſi in locum primi ſucceſſerit: & ille tum non ſecundus, ſed primus eſt: ceteroquin ſalua eſt priori actio Seruiana contra quoscunque poſſeſſores. *l. 1. in f. de diſtr. pignor. & p. 6. membr. 1. n. 30.* Neguz. notat. Illud autem quæritur, an non aliqua actio competat primo creditori cõtra ſecundum, eò quod pignus non jure vendiderit. Tractatur id à JCto Papiniano in *l. 1. de diſtr. pignorum.* Et videbatur ſanè affirmandum, quoniam creditor ſecundus vendendo rem, videtur jus prioris creditoris deterius feciſſe, aut ſi id nõ fecit, (etenim perſecutio pignoratæ rei, & non jure venditæ, integra manet creditori priori aduerſus quemcunque poſſeſſorem) vtique pecuniam redactam ex pignoris venditione penes ſe habet, quæ potius debet eſſe primi creditoris. Sed hoc non obſtante JCtus contrarium reſpondet, & per inductionem & variarum actionum enumerationem earumq; remotionẽ, negat creditori primo aduerſus ſecundum qui rẽ diſtra-

Digitized by Google

diſtraxit,aliquam actionem competere. Et primo remouet actionem perſonalem,(ex contractu nimirum)& eam tum directam tum vtilem: quoniam inter primum & ſecundum creditorem nihil actum eſt. Deinde remouet actionem furti,uti pignori data res mobilis fuit: (quoniam jure noſtro immobilium furtum non eſt) tum quia furtum non fiat ſine dolo,& ſecundus creditor non præſumitur habuiſſe animum doloſum,ſed cum pignori & ipſi quoque in ſolidum eſſet res obligata, aut ordinis errore ductus, aut vt pecuniam debitam ſibi conſequeretur, rem vendidiſſe: tum quia poſſeſſio penes creditorem primum non fuerit, furtum autem conſiſtat in interuerſione poſſeſſionis. Sed 4
enim, quod etiam citra hoc committi poſſe furtum, probatur ex *l. in actiones 19. §. vlt. & l. Si quis. 66. in pr. de furtis.* ex quibus ipſe debitor, qui rem obligatam ſaltem hypothecæ, diſtrahit,furtum comittit ſi rem alienet. Probatur id & exemplo alio ex *l. ſi homo. 35. de vſucap.* vbi homine, cujus vſusfructus legatus erat,neque dum traditus, ſubrepto, legatario actio furti datur. Accurſius inter pignus generale & ſpeciale, & inter ignorantem & ſcientem, diſtinguit. Sed ita non removet objectio, ꝙ furtũ fiat citra poſſeſſionis interverſionẽ, & ei,cui poſſeſſio interverſa nõ eſt,detur actio,quod in *d.l.1.de diſtr.pign.* JCtus negare videtur. Cujacius in *d. l.1 ad lib. 26. quæſt. Papin.* reſpondet, ꝙ in jam dd. textibus non probetur, ſed tantum referatur ſententia Juliani: ſed objectio nec ita ſolvitur, & imo ita antimomia ſtatuitur: & præterea Paulus in *d. l. 66. de furt.* ſententiam Juliani ex ſua perſona probat: dicens idem ſcribere & Julianum. & Vlp. *in d. l. 19.* conſtare hoc ait; Ego ſimpliciter dicam, quod JCti aliquando utantur rationibus non prorſus ſolidis & concludentibus, & ſæpe talibus, quæ ſunt petitæ ex regulis & definitionibus generalibus, & quæ uno atque altero caſu officium ſuum perdunt,& fallunt:Et hoc ad ejuſmodi rationes defendendas ſatis eſt:nec enim ſi uno aut altero caſu ſpecialiter receptum eſt,furtum admitti, protinus in alijs idem obtinet: ſed imo in non exceptis ſervatur jus commune:& in *d.l.66.de furt.* Prętęrea rumpitur quodammodo fides conventionis,ut obiter hoc addamus. Cujacius jam d.loco, valde ſuauis eſt, dum ait ſe velle defendere ſententiam Juliani, & quidem in ſpecie *d.l ſi homo. de uſucap.* hac ratione, ꝙ licet alter non interverterit poſſeſſionem fructuario, tamen eam præverterit, & præripuerit. Id vero ridiculum eſt:nam ita nunquam neceſſaria fuerit interverſio poſſeſſionis, & in ſpecie diceremus etjam ja-

Digitized by Google

cente hæreditate committi furtum: quod eſt contra *l.* 1 § 1 *&* §. *Scævola.* 16. *ſi is qui teſtam. lib* præterea quod attinet ad *d. l* 66 *de furt.* reſpondet Cujac. ſufficere quod creditor interverterit poſſeſſionem, licet eam non interverterit creditori: Quod quidem adhuc ineptius eſt; nec enim quiſquam ſibi ipſi dicitur intervertere poſſeſſionem, neque ita & ob hanc cauſam poteſt dici facere furtum: & dum JCti furtum interverſionem poſſeſſionis eſſe dicunt, ei interverſam intelligunt, cui furtum fit, & cui dant actionem furti. Nec melius idem Cujacius, ut his difficultatibus occurratur, furtum ita cenſet eſſe definiendum, quod ſit interverſio proprietatis, uſus, poſſeſſionis, fructus, hypothecæ, & pignoris. Ipſe definitionem hãc appellat pleniſſimam & certiſſimam; ſed mihi videtur nihil eſſe ea ineptius. Et vel hinc apparet, quam male meriti ſint de Cujacio, qui poſt ejus mortem recitationes ejus, in quibus hujuſmodi plurima occurrunt, vulgaverunt. Nos his omiſſis ad textum noſtrum in *d. l.* 1. *de diſtr. pign.* redeamus: ubi creditori Primo porro adverſus Secundum JCtus negat actionem ad exhibendum: quoniam ille neque poſſideat, neque dolo malo poſſidere deſierit, ut proinde nec utili, nec directę locus eſſe poſſit. Et offendit hic iterum Cujacius, dum ut ſuppleat defectum, (quem ipſe quidem putat ſubeſſe,) ait nec hypothecariæ actioni, neque actioni ad exhibendum eſſe locum. Parum meo judicio ſubtiliter. Nam, quod notandum eſt, ubi agitur de rebus mobilibus, (quæ cum vindicantur, certis qualitatibus ſunt defendendæ juxta *l. ſi in rem.* 6 *de rei vindicat.*) non temere recta rei vindicatio proponitur, quæ competat aut dominij aut pignoris jure: ſed ferè dicta actio ad exhibendum, propterea quod hæ res occultari poſſunt & ſolent: ſed ubi exhibitæ ſunt, vindicantur; quod ſi non exhibeantur, non fit tum progreſſus ad rei vindicationem, quoniam ſufficit condemnatio ex ipſa actione ad exhibendum. Ex his tandem textus in *d. l.* 1. *de diſtraction. pignor.* concludit, tantum adverſus poſſeſſores creditori primo, non adverſus ſecundum creditorem actionem ſupereſſe. Dubium vero rurſus ſic movet *l. creditorem.* 12. §. *ſi prior. Qui pot.* ubi creditor, qui in parte pecuniæ, ex duobus contractibus, qui temporibus diverſis celebrati erãt, debitæ, poſterior erat, & pignora vendiderat, tenetur alteri, qui reſpectivè & quo ad hypothecam prior eſt, reſtituere, quod ultra priorem pecuniam, in qua potior eſt, ad ipſum pervenit: in caſu autem *d. l.* 1. cum proponatur à JCto, etiam ſuper contractu novo, primum creditorem

ditorem poſt ſecundum, accepiſſe pignus generale, & ex eo res in quibus alterius jus potius erat, diſtraxiſſe, conſequens eſt, vt habeat penes ſe pecuniam, vltra ſumam in q̃ ex contractu primo debitor obligatus ipſi erat: quin etjamſi nihil vltra habeat, tamen quia habet penes ſe pecuniam redactam ex bonis, in quib' jus potius alter habet, ad reſtituendam illam creditori primo teneri videbatur: q̃ nec ex alia cauſa reſtituere tenetur in ſpecie *d.l. 12. Qui potior*: q̃ quoniam res pignorata vel hyperocha ejus, jure potiori, quatenus excedit, obligata fuit ſecũdo. Accurſius, quem etjam Cujacius hic ſequitur, hanc inter vtrumq; caſum differentiæ reddit rationem, ꝙ in ſpecie *d.l. 12.* §. 5. jus habuerit vendendi creditor: quoniam in ſolidum res pignori obligata, in ſolidum quoq; venditur, licet longé pluris ſit, q̃ debet, ſalvo vtiq; in reſiduo tum creditorum aliorum jure, tum ipſius debitoris. Et cum itaq; in ſpecie *d.l. 12.* §. 5. res vendita ſit jure, non poſſe creditori ſecundo in emtorem vel alios poſſeſſores dari actionem, & recurrendum eſſe ad actionem ſubſidiariam, quæ contra ipſum creditorem moveatur. Atquin in ſpecie *d.l. 1. de diſtr. pign.* nõ jure factam eſſe venditionem. Non omnino damnare velim hãc reſponſionem: ſed videri poſſit non ſatisfacere objectioni; vel quia contra hunc, qui jus vendendi non habuit, tantò magis videtur danda fuiſſe actio, ſiquidem ſubſidiariam actionẽ admittimus: vel quia Papin. negat actionem indiſtinctè contra ſecundum creditorem, qui pignora vendidit: neq; aliud efficit reſponſio illa Accurſij, quàm vt dicere cogamur, Papinianum tantum reſpondiſſe de ratione agendi ordinaria. & ꝙ non detur actio contra creditorem, quamdiu actione alia creditori priori ſit cõnſultum, ſed non ob id negari actionem ſubſidiariam, ſi forte contra alios agi non poſſit. Quod an conveniat menti JCti in *d.l. de diſtr. pign.* ambigo: nam & in ſpecie *d.l. 12. Qui potior.* §. 5. poterat ſufficere perſonalis actio cõtra ipſum debitorem. Sed & amplius hinc efficiciet, ſi in ſpecie *d.l.* res forte perierit ſine dolo poſſeſſoris, ꝙ facilè accidit in rebus mobilibus, tunc eſſe actionem concedendam in creditorẽ ſecundum: ꝙ ego quidem nunc in medium relinquo. Illud deniq; hic addo, ꝙ vẽditio q̃ fiſcus licet poſterior fecit, retractari, & res auferri emptoribus ꝑ priores creditores nõ poſſit: *l. ſi hypot. 8. C. de remiſſ. pign.* Quod forte ſub colore præſumptæ negligentiæ defendit, cum fiſcus ſub haſta & ſingulari quadam ſolemnitate res diſtrahere ſoleat, & expreſſe in *d.l. 8.* ſilentij creditorum mentio eſt: ſpeciali, aũ. caſus eſt in *l. 1. C. ſi propt. publ. pen.* de quo agitur *l. 16. ſeq. c. 16.* 6

 At-

Atque ita vendit creditor pignus, & qua talis: ꝙ dicimus, vendere tum jure creditoris: ꝙ hic amplius explicandum eſt, præcipuè propter
7 Ant. Fabrum, qui hoc non videtur intellexiſſe. Et ille *dec. 1. de error. pragm. cap. 5.* opponit venditionem pignoris, quæ fit jure creditoris, ei quæ fit autoritate judicis poſtulante creditore. Sed ut forte in Sabaudia ita diſtrahi pignora ſoleant, at jure noſtro iſta oppoſitio inepta, & incognita eſt. Nam ut ad interpellationem extrajudicialem creditoris prætor jubeat diſtrahi pignus, ut dixi, jure noſtro inauditum eſt: ſed dupliciter intervenit autoritas magiſtratus: tum quando contra latitantem debitorem proceditur ad ſecundum decretum, & conſtituto curatore bona vendi jubentur: tum quando poſt ſententiam latam magiſtratus jubet capi bona in cauſam judicati, ad executionem faciendam, de quo *t. t. C. ſi in cauſ. judic*: ſed neutrum illorum ad materiam noſtram pertinet. Quod ſi prætor gratificetur creditori, & autoritatem ſuam addat in vendendo pignore, proculdubio idem juris erit, ac ſi creditor communi jure pignus vendidiſſet. Qua in re omnino d. loco labitur Faber. Et alio planè ſenſu accipitur in vſu juris noſtri, *vendere jure creditoris*: & opponitur venditioni, quam quis facit tanquam rei ſuæ. Effectus iſtius diſtinctionis in eo eſſe creditur, 1. quod vbi quis jure creditoris vendit, ſiquidem pignus non ritè conſtitutum eſt, venditio prorſus nulla & nullus illius effectus eſt; quod ſecus eſt, vbi quis rem tanq̃ ſuam vendit, vtcunq; ea ſit aliena: quamvis vtrobique hactenus idem ſit, ꝙ vero domino præjudicari non poteſt. 2. & præcipuè, ꝙ qui pro ſua rem vendit, teneť de evictione, at, nõ teneť. q vendit jure creditoris, vt ſuprà diximus: eamq; differẽtiam ex Dd. tradit & *Neguz. p. 6. m. 1 n. 40.* Atque ita hæc phraſis, *jure creditoris vendere*, vt ſignificet, creditorem non teneri de euictione, accipitur in *l. ex empto. 11. §. ſententiam. 16. de act. empti: l. ſi mandatu. 59. §. creditor. 4. Mandati. l. 1. & 2. C. cred. evict. pign.* In c. XXIII. in prima parte de rebus quæ
8 vendi poſſunt, promiſimus nos hoc cap. dicturos, an creditor etjam rem, quæ apud debitorem eſt, & cujus poſſeſſionem non habet, vendere poſſit. Id jam breviter præſtemus: Textus eſt in *l. ſi in hoc. 14. C. de diſtr. pign.* vbi facultas vendendi conceditur creditori, tenentibus debitoribus res obligatas. Ex quo referente *Neguzantio p. 6. m. 1. n. 18.* Dd. colligunt, quod creditor hypothecam, quam poſſidet debitor, vendere poſſit, & inducere emptorem in poſſeſſionem. Prorſus cum nihil proponatur actum inter emptorem & debitorem non poterit ex conven-

conuentione creditoris in perſonam actio ex empto dari emptori aduerſus debitorem vt rem tradat. Sed nec videt, quo jure & quomodo creditor emtorem in poſſeſſionem rei inducere, & eum poſſit dominum efficere, cum debitor poſſideat rem, nec creditori eum poſſeſſione ſua ſpoliandi habeat poteſtatem: nec poterit ita in vacuam poſſeſſionem rei à creditore emptor induci: quod tamen ex ratione juris requiritur; quamvis aliàs putent Doctores, etiam ſine vacua poſſeſſione dominium adquiri poſſe, de quo alibi tractatur. Sed ne prolixius agam, ego quidem falſam puto eſſe Dd. opinionem, ex Neguz. paulo ante relatam, quæ etiam per ipſam illam *l.14. C. de diſtr. pign.* refutari poteſti, in qua, vt præſes provinciæ adeatur, exigitur, ut eius autoritate apprehendatur poſſeſſio: ſiue id fiat per ſimplicem implorationem officij: ſiue, quod probo magis, inſtituta actione hypothecaria, quæ etiam hunc finem proprium & ordinarium habet, vt poſſeſſionem rei obligatę creditor adprehendat. Et huc etiam refero *l. pen. de diſt. pign.* Creditor, inquit Paulus, qui ſuo jure diſtrahit pignus, ſi illud poſſidet, debet poſſeſſionem tradere: quod non accipiendum eſt, quaſi vtcunque non poſſideat, nihilominus vendere pignus poſſit, nec aliud ab eo exigatur: nec poterit enim emptor autoritate propria rei venditæ adprehendere poſſeſſionem, ſed quod ex textu apparet, opponitur ibi traditio poſſeſſionis ceſſioni juris pignoratitij, quod neceſſariò & ſemper penes creditorem eſt, & de quo principaliter in ſpecie *d. l. penult.* Paulus tractare videtur: alioqui qui rem pignoratam emit, hoc agit, vt ejus poſſeſſionem, & per hanc, dominium conſequatur: & propterea ad poſſeſſionem transferendam in emptorem, obligatur creditor, qui pignus vendit, cujus cõtrarium tum propter textus expreſſos, tum propter manifeſtam rationem *ex d. l. pen.* inferri nequit. Et illud improbatur contra Dd. quod qui poſſeſſionem non habet, nec eam aut rem ipſam tradere poſſit. Et proinde creditor, qui rem vendere vult, prius aut vtique ſimul dum vendit, debet actione hypothecaria poſſeſſionem auocare à debitore, aut à quocunque alio poſſeſſore. Nec enim hactenus alia debitoris poſſidentis, alia tertij poſſeſſoris ratio eſt. Et hoc eleganter confirmatur ex *l. ſi pignore. 22. §. ſi poſt. 3. de pign. act.* vbi dicitur, ſi creditor rem obligatam & ſibi traditam precario conceſſerit aut locauerit debitori, & eam diſtraxerit, debitorique eam non reſtituat, poſſe creditorem agere contrario pignoratitio judicio, ad hoc nimirum, ut eã ſibi reſtituat debitor, quam 9

ita reſtitutam creditor emtori tradat: quod cum non animaduerteret *Hottom.5.obſ.12.* improuidè pro *diſtractum* repoſuit, *contractum*. Et ergo ſi creditor, cui res tradita fuit, re precario conceſſa aut locata, & poſt à ſe vendita, neceſſe habet, contraria pignoratitia ei fini agere, ut rem ſibi reſtitutam tradere poſſit emtori: etiam & magis creditor, cui res nuſquam tradita fuit. ſi eam vendere & emtori tradere velit, neceſſe habebit, prius inſtituta actione Seruiana, perſequi & adprehendere poſſeſſionem: & cum illud prius admittant Dd. *referente Neguz.p.6. m.1.n.25.* etiam hoc poſterius admittere debent, niſi contradictionis argui velint: cum vtique plus habeat juris, imò adhuc quoque poſſideat, qui locauit v.c. rem, quam ipſi ab initio debitor tradiderat, quod autem creditor rem ſibi traditam, & à ſe precario conceſſam debitori aut locatam, vendere poſſit, juxta *d.l.ſi pignore.22.§.ſi poſt.3. de pign.act.* bene confirmatur ex *l.2.C.de diſt.pign.* vbi reſcribit Imper. quod res pignorata non ob id debeat cenſeri & haberi pro litigioſa, ac quæ propterea vendi non poſſit, quod eam precario poſſideat debitor, nimirum ita à creditore ſibi conceſſam. Et hæc hactenus.

Caput XXX.

De fine venditionis pignoris, & quæ venditionem conſequantur.

1. *Cur pretium primum imputetur in vſuras ad l.35.de pign.act.*
2. *Quod minus eſt in pretio actione priori perſequitur creditor.*
3. *Caſus ſingularis, quo creditor cogitur vendere pignus. ad l.6. de pignor.act.*

Finis ſcil. hic eſt, vt ſatisfiat creditori: qua de cauſa, ut initio hujus Tract. diximus, nec pacto quidem jus vendendi adimi poteſt creditori: ex quo etiam cetera, quæ ibid. diximus, dependent, & videlicet, quod quam diu vel minimum deeſt, liceat vendere pignus: ſiquidem hic eſt finis pignoris, vt in ſolidum creditori ſatisfiat. Sed ita nimirum debet ſatisfieri creditori, vt ne damnum inferatur debitori: Ideóque, vt etjam diximus, venditio debet bona fide fieri, ſolenniter & juſto pretio: &, quod præcipue ad hoc cap. pertinet, ut, quod ſupereſt, reſtitua-

reſtituatur debitori: & ſi quid deſit, hactenus pro illa ſalua maneat actio creditori. Et igitur vbi venditum eſt pignus, pecunia primùm in vſuras, tum in ſortem imputatur. *l. cum & ſortis. 35. de pign. act.* Ratio videtur, quia hic non ſolvit debitor, cujus aliàs eſſet dicere, in quam cauſam ſolutum velit: Sed ipſe creditor ſibi ſolvit, cujus adeo eſt electio, qua de re eſt in *l. 1. & ſeqq. de ſolution.* Et huc pertinet, quod ait JCtus *in d. l. 35.* non eſſe ferendum debitorem, qui cum parum ſe ſciat idoneum, eligere velit, in quam potius cauſam pignus exoneratum, id eſt, pretium ejus imputatum velit. At quidnam poteſt intereſſe debitoris non idonei, in quod debitum, pretium prius imputetur? An forte quia vſuræ minus fauorabiles, quæ creditori experienti poſſent non adjudicari? an, quoniam vt Acc. quidem cenſet poſt alios, licet pretium imputare creditori etjam in has vſuras, quarũ exactio non eſt, & quę nudo pacto promiſſę ſunt: per *l. in his 5. § Imper. de ſolut.* & per ea quæ ſupra de retentione diximus ad *l. 4. Cod. de uſuris.* & caſibus quoq; alijs, quis per retentionem conſequi & ſervare poteſt, quod vt debitum naturaliter tantum, peti non poterat: quibus terminis poſitis, plurimum intereſſet debitoris, vt prius in ſortem imputaretur pretiũ ſi id in vtrumque debitum & ſortem & vſuras fortaſſis non ſufficeret. Nec tantum in ſortem & vſuras pretium imputatur, ſed & ſi quid aliud poſtea deberi cepit, veluti ſi impenſas fecerit creditor in rem pignoratam *l. ſi neceſſaria. 8. § vlt. de pign. act.* ſi tributa fiſco pro prædio pignorato ſoluerit, *l. in ſumma. 6. C. de pignorib.* Quod ſi imputatione facta, aliquid ſupereſt, id reſtituendum eſt debitori, qui & ad hoc habet paratam actionem pignoratitiam, de qua, & quid in eam veniat, dicemus *lib. 5.* Rurſus ſicut lucrum retinere apud ſe creditor non poteſt, ita nec debet eſſe in damno: & ſi adeo minus quam debetur, ex vendita re conſecutus fuerit, quod deeſt, actione principali ipſius contractus, petet. Nec enim hoc modo fit nouatio, ſed pretij imputatio pro ſolutione eſt, & ſi non ſufficiat, nihil aliud inducit quam ſolutionem partis. text. ad hoc. in *l. hypothecis. 3. & l. quæ ſpecialiter. 9. C. de diſt. pign. l. quæſitum. 9. § 1. eod. l. aduerſus 10. Cod. de Ob. & Act.* ſicut & ſi pignus ceſſerit creditori debitor (niſi creditor id in ſolidum debitum pro ſoluto acceperit) non præterea liberatur. *leg. 1 Cod. de pignoribus.* Quin & amplius, ſi pretium citra culpam ſuam ab emptore creditor conſequi non poſſit, adhuc actio integra contra debitorem manet *d. l. quæſitum. 9. in pr. de diſt. pign.* (vbi & additur ratio, quod venditio fiat ex neceſſi-

neceſſitate,& ea tamen non præciſa,ſed quia debitor non ſoluit pecuniam) *facit l. eleganter.* 24. §. 2. *de pign. act.* Ex qua apparet, quod creditor vendens pignus, poſſit habere fidem de pretio: vt & ex Dd. notat *Neguz. p. 6. m.* 1. *n.* 37. *in pr.* ſi modo non potuit aliter vendere: aliàs ſi potuiſſet ſtatim conſequi pretium, culpa ipſi imputabitur, & tenebitur pignori actione, aut ſi quid deſit, non habebit actionem in debitorem, ſi emptor vel ab initio non fuerit ſoluendo, vel poſtea non ſoluendo factus fuerit.

3 Atque hæc de venditione pignoris multa ſatis. Colophonis loco addo, quod ſicut creditor non poteſt cogi vt petat debitum, *l. creditor.* 20. *Codic. de pignor.* ſed remedium hoc habet debitor, ſi velit liberare & repetere pignus, vt offerat pecuniam & non acceptam conſignet & deponat *d. l.* 20. Ita quoque creditor non poteſt cogi vt vendat pignus *l. à diuo.* 15. §. *quod ſi.* 5. *de re. jud.* quoniã hoc in fauorem creditoris introductum eſt: adeóque ut maxime conuentum ſit de pignore vendendo, & debitor non ſit ſoluendo, nihilo magis id creditor facere cogitur, cujus gratia id cautum eſt, ut ait JCtus in *l. quamuis.* 6. *de pign. act.* vbi tamen excipitur caſus ſingularis, ſi & pignus multò pluris ſit quam debitum, & hodie pluris venire poſſit, quam poſtea, atque adeo ſi, vt jam veneat, plurimum interſit debitoris, qui videlicet, quod ex pr. repetendum eſt, non ſit ſoluendo: ceteroquin ipſi imputabitur, quod non ſoluit pecuniam, & ita liberat pignus, & ſi velit, tum vendat. Et huc vſque puto ſcripſiſſe Pomponium in *dict. leg.* 6. *de pignor. act.* & quæ ſequuntur, cum *Ant. Fabro.* 8. *conject.* 18. & 12. *conject.* 16. adſcribo Triboniano, qui, ſatis inhumanum eſſe ait, cogere vendere creditorem: & quaſi vero cogatur præciſe; quin ſi nolit vendere, præſumitur malitia & dolus, & dabitur debitori pignoratitia actio, quâ veniat, vt aut vendat creditor pignus, aut ad intereſſe condemnetur; pergit Tribonianus: *melius eſſe dari* (agnoſcis moderationem Tribonianeam) *vt ipſe debitor diſtrahat pignus*, *præſtita prius cautione &c.* (quam more ſua cautelam appellat Tribonianus: & JCti non niſi vrgente magna neceſſitate ad cautiones confugere ſolent) & ut creditor teneatur rem ſi mobilis ſit, prius oſtendere futuro emtori. (& in hoc vtique ineſt coactio, neque id præſtita cautione valde erat neceſſarium) Triboniano iſta ſunt digna, non Pomponio: adde *Neguz. p.* 6. *m.* 1. *num.* 23.

Cap.

CAPVT XXXI.

De jure dominij impetrando & impetrato.

1. *Principem addicere dominium, non magiſtratum inferiorum.*
2. *Ius hoc non eſſe nouum Iuſtiniani.*
3. *Quod remedium competat, ſi poſtea res euincatur creditori.*
4. *Ad l. 24. & n. 8. in pr. de pign. act.*
5. *Differentia ratio inter hunc caſum, & quo res vendita eſt euicta.*
6. *Quid juris ſi res in ſolutum data euicta ſit.*
7. *Ad l. 4. Cod. de euiction.*
9. *Ad l. 8. Cod. de ſententiis.*

SI res pignorata venum expoſita non inueniat emptorem, nec debitor ſatisfaciat, poteſt creditor petere à principe, vt jure dominij eam ſibi liceat poſſidere: quoniam incommodum eſt creditori, vt eam teneat perpetuo, titulo & jure pignoris: ſub qua qualitate eam ſemper debitor ad ſe reuocare poſſet. Hic autem in limine profligan- 1
dus eſt error Interpp. qui vulgo putant, dominium hoc modo non à principe, ſed à judice inferiori impetrari & addici, & quod dominium dicatur impetrari à principe, quatenus magiſtratus inferior hic partibus principis fungatur. Relata hæc Dd. opinio & probata eſt à Neguzantio *pr. 6. m. 1. num.* 10. ſed nimirum falſam eam eſſe omnes textus probant, qui hujus impetrationis faciunt mentionem: & de magiſtratu aliquo explicari nequeunt. Et *l. 1. Cod. de jur. domin. imp.* ſatis oſtendit principem ipſum adiri oportere: & *l. 2. eod.* ibi, *à noſtra ſerenitate*, quod de magiſtratu numquam dicitur: Et in *leg. vltim. Cod. ſi ex cauſ. judic.* opponitur autoritas præſidis, qui jubet pignora diſtrahi, autoritati principis, qua addicitur dominium & in *leg. 24. in pr. de pign. act. Cæſaris* fit mentio: & in *l. ſi is qui. 63. §. vlt. de adq. rer. dom. principis.* Et expreſſus text. in *leg. 3. §. ſin autem. 3. Cod. de jur. dom. impetr.* vbi creditor jubetur adire culmen principale; & à ſerenitate principis & diuino oraculo dominium rei impetrare: & ſpeciali prorſus petitione directa ad principem opus eſſe, probatur ex citatis textibus, & inprimis ex *leg. 1. & 3. Cod. de jur. domin. l. debitor. 59. D. ad Sen. Trebell.* vbi etiam

Digitized by Google

proponuntur, quæ in libello oblato principi ſint narranda, nomen debitoris, debiti quantitas, & quod res venum propoſito non repererit emtorem: præterea textus ſex citati *in l.1 & 2. C. de jur. dom. l. vlt. C. ſi ex cauſ. jud. l. 24. in pr. de pign. act. l. 63. §. vlt. de adq. rer. dom. & l. 59. ad Trebell.* in quibus reſcripta & reſponſa Impp. & JCtorum, qui diu ante Iuſtin. vixerunt, continentur, oſtendunt, quam fœdus ſit error A. Fabri, & quam ille ſit hoſpes in jure noſtro, qui *decade 9. de err. pragm. c. 7. & 8.* ſcribit jus hoc impetrandi dominij primum eſſe introductum à Triboniano. Porro jure dominij impetrato intra annum conceſſam fuiſſe redimendi facultatem in *dict. leg. vlt. in pr. Cod. de jur. dom. impet.* Iuſtin. teſtatur: idque videtur eſſe conſtitutum luendi tempus, cujus mentio in *d. l. 63. §. vlt. de adq. rer. dom.* Iuſtin. in *d. l. vlt. §. 4.* biennium indulſit & ibidem rationem & modum procedendi plenius præſcripſit. Hoc quoque nouè videtur induxiſſe Iuſtin. vt etjam poſt biennium ſi pluris rem eſſe debitor probauerit, non quidem dominium auocare, ſed vt quod excedit, & ſuperfluum valoris, ſibi præſtet creditor, petere poſſit. Dominium enim poſt lapſum illius temporis irreuocabiliter eſt adquiſitum creditori: niſi forte ille vltro à jure ſuo receſſerit; quod intelligitur feciſſe, ſi in futurum à debitore acceperit vſuras *l. 2. Cod. de jur. im petr. dom* neque enim hoc in *d. l. 3.* mutatum eſt à Iuſtiniano. Et vero iſta non ſe compatiuntur, vt pro pecunia rem & dominium ejus ſibi aſſerat qui creditor fuit, & in futurum accipiat vſuras: quomodo non diſſimiliter, ſi venditor poſt diem legi comiſſoriæ præſtitutum pretium petat, pacto illi renuntiaſſe, & jus ſuum remiſiſſe intelligitur *l. pen. de Lege commiſſ.* Nihil autem contra hanc rationem impetrandi dominij facit *l. pro debito. 6. Cod. de bon. aut jud. poſſ.* quæ loquitur de ordinaria ratione procedendi, & quod creditores res pignoratas venales exponere, non vero recta vt ipſis addi-
3 cantur, poſtulare debeant. Pertinet ad hanc rem tractatio non vſquequaque facilis, quomodo & qua actione creditori, qui dominium rei impetrauit, ſi res ei euicta v. c. à domino vero fuerit, ſuccurratur. Neq; enim ſi res forte aliena fuerit, domino id vero præjudicare poteſt: neque ea eſt mens principis, vt vero domino jus ſuū auferre velit, ſed jus omne quod debitor habuit, & qui dominus fuiſſe creditur, transferre in creditorem. Et igitur an ſuccurrendum ſit creditori, & quomodo,
4 quæritur, eaque quæſtio tractatur in *leg. eleganter. 24. in pr. de pign. act.* Sane diximus ſupra, ſi creditor promiſerit euictionem eique res euicta fuerit

euicta fuerit, & actionem priſtinam contractus, qua debitum petat, & actionem pignoratitiam ſupereſſe. Hic autem alium caſum tractamus, & vbi nimirum res non vendita à creditore, ſed ipſi creditori, qui dominium impetrauerat, euicta fuit. Et JCtus in *d.l.24. de pign.act.* ita diſputat, vt proprijs rationibus, & actionem priſtinam ex contractu principali, & actionem pignoratitiam contrariam ſupereſſe creditori neget. Et cum enim quæſiuiſſet an pignoratitia contraria haberet locum, reſpondet, finitam videri pignoris obligationem; quod verbum *videri*, quo modeſtiæ cauſa, ne quid temere definire videantur, & JCti & alij authores vti ſolent, (quod & nec ſemper eſt nota improprietatis) inepte captat & ridicule Faber. *de err. pragmat cap.* 8. *decadis centeſimæ*, vt inde probet, eum locum corruptum eſſe à Triboniano. Pergit JCtus in *dict. leg. 24. & à contractu receſſum* quibus verbis ſignificat, ne actioni ex contractu principali eſſe locum, vbi ratio differentiæ reddenda eſt, inter hunc caſum, & eum, quo res à creditore vendita euicta fuit emptori, quo & actioni coutractus & pignoratitiæ contrariæ locus eſt, ſcilicet vbi creditor non promiſit euictionem, debitor omnino liberatus eſt, vt ſupra diximus, quoniam contra eum nō datur emtori regreſſus, ſed contra ipſum debitorem. At vbi creditor euictionem promiſit, ſi quid ex ea cauſa præſtitit, ratio ſuadet, vt quod præſtitit, repetat à debitore. Quod duplici, quam diximus, actione conſequitur. Et nimirum prima hæc eſt diverſitas, quod hoc caſu non poteſt vllo modo actio emti contra debitorem competere creditori; (quæ in *dict. l.* 24. ei accommodatur) quia ipſe vendidit, non in ſolutum accepit. Deinde, quod præcipuum eſt, cum creditor promittit de euictione, hoc ipſo videtur rem venditam habere quaſi pro ſuſpecta, & ſubdubitare, an ea fuerit propria debitoris: ideóque ab emtore ſibi pecuniam numeratam non ſimpliciter videtur in ſolutum accipere, ſed ſub ea & quaſi tacita conditione, ſi pecunia à ſe non auocetur, vt in hunc euentum liberatio maneat quodammodo in ſuſpenſo: & propterea poſtmodum re euicta, & exacto iuxta promiſſionem creditore, ei perinde ac ſi nihil actum fuiſſet, & pignoratitia contraria actio (quia rem alienam fuiſſe pignori datam apparuit) & actio ipſius contractus principalis, (quoniam ejuſmodi ſolutione debitor liberari non potuit) ſupereſt. Quæ omnia diverſa ſunt in caſu *l. eleganter. 24. de pign. act.* Nam 1. ibi habet locum vtilis actio ex empto. Et rideo Fabrum qui *d. loco cap.* 8. nihil eſſe ſimile emptioni contendit, vbi per Cæſarem

dominium fuit impetratum. Et omninò enim jure extraordinario, cum res non inuenit emptorem, creditor ſuccedit in emtoris locum, autore principe, quippe cum aliàs hoc caſu ipſe creditor emere rem non poſſit: & vtique accipit rem in ſolutum, quod negotium ſimile eſt emtioni, ut in ipſa *dict. leg.* 24. ait JCtus. Deinde, cum illo quidem caſu, vbi creditor promiſit de euictione, ex rationibus dictis ſit ſuſpenſa liberatio, nulla in ſpecie *dict. leg.* 24. talis fingi poteſt ſuſpenſio, quandoquidem creditor ſimpliciter rei dominium pro debito ſibi addici à principe petierit & impetrauerit: & dicemus *infra lib.* 5. inter modos ſoluendi pignoris, hunc non eſſe poſtremum, ſi creditor rei pignoratæ conſecutus fuerit dominium. Et hactenus omnia bene ſe habent, & quæ plura contra ſententiam *d. l.* 24. d. loco diſputat Faber, nos ibidem in exercitationibus noſtris vaniſſima eſſe demonſtrauimus. At vero præcipue ſcrupulum id habet, quod non in *l.* 24. JCtus
6 iſtum caſum, quo impetratum eſt rei dominium, cum caſu, quo res data eſt in ſolutum, conferat, hoc ipſo tamen caſu, quo res in ſolutum fuit data, non tantum actionem ex empto, ſed etiam priorem actioné ex contractu competere, & ratione, & non vero textu probari videtur. Ratio hæc eſt, quod in ſolutum datio videtur eſſe ex eo genere, quod requirit, vt dominium tranſeat in accipientem: quo non facto nihil actũ cenſeatur, & priſtina obligatio maneat integra: quod in permutatione, donatione, pignore &c. obtinere alibi tractuimus, & attigimus *lib. præced. vbi de pignore rei alienæ* egimus. Textus, qui hoc ipſum probant, quod vbi res in ſolutum data euicta eſt, ex priori cauſa agi poſſit, ſunt in *l. libera.* 8. *in f. C. de ſentent. & interloc. om. jud. l. ſi quis aliam.* 46. *de ſolut. in. l. qui res.* 98. *in pr. eod. tit.* Accurſius duplicem adfert reſponſionem: Prima eſt, quod in jam dd. textibus non fuerat alter rem aliter accepturus, quam ſi ejus fieret. Sed omnino iſtud eſt diuinatorium, & propterea non probandum, quoniam ſiquidem ineſt hoc naturæ dationis in ſolutum, vt oporteat dominium rei traſferri, quod ſi non fiat, integra maneat prior obligatio, non poteſt hoc dependere à voluntate ejus, qui rem accipit in ſolutum. Altera reſponſio eſt, quod interſit, an res in ſolutum pro re & ſpecie ſiue corpore data fuerit, an pro pecunia numerata: vt caſu priori maneat integra obligatio prior, iuxta *dd. textus*: ſed non priori, & proinde neceſſaria vtilis ex empto ſit actio, iuxta *dict. leg.* 24. *de pignor. act. & leg. ſi prædium.* 4. *Codic. de euict.* vbi eadé ex empto actio proponitur contra hanc poſteriorem reſpon-
ſionem

ſionem multa diſputat Faber *d. dec.* 100. *cap.* 7. ſed nihil reſpondet *ad l.* 4. *Cod. de evict.* & multo minus *ad d. l.* 24. *d. pignor. act.* nam quod hanc à Triboniano dicit eſſe corruptam, non eſt iſtud reſpondere, ſed nugari. Et nos quæcunque ibid. contra diſputat, confutauimus. Facit autem contra illam Accurſij diſtinctionem, quod vbi res pro re datur, negotium incidit in ſpeciem permutationis, neq; vere res in ſolutum data videtur poſſe dici, vbi debita non fuit pecunia numerata. Et ſanè quod attinet ad *d. l.* 4. *C. de evict.* poſſit fortaſſis non inſubtiliter re- 7
ſponderi: quod ibi res proponatur evicta non à domino, ſed à creditore, cui pignori obligata fuerat: & ita res in ſolutum data non fuit aliena, ſed propria debitoris: ut proinde ſummo jure rectè in ſolutum data, & proinde liberatio contigiſſe videatur, ſiquidem debitor etjam rei quam pignori aut hypothecæ dedit, dominium in emtorem & alium trãſferre ex juſta cauſa poteſt. Liberatione autem poſita non poteſt actioni priori eſſe locus: & adeo ad ſubſidiariam vtilem in factum actionem eſt recurrendum. Nec deeſt etjam quod reſpondeatur ad *d.* 8
l. 24. comparari illum caſum cum altero quo res à debitore in ſolutum data eſt, non ſimpliciter, ſed ſecundum quid: hactenus, quod & illic rem pro pecunia & in ſolutum conſequitur creditor: ſed hac differentia, quod hic inſuper accedit autoritas principis, qui extraordinaria ratione imploratus addicit dominium creditori, vt priori actioni non poſſit amplius eſſe locus: quod non ita eſſe videtur, vbi privata conventione, à debitore vltro magis offerente res accipitur in ſolutum. Quo caſu & priori actioni poſſit locus eſſe: ita vt cum illa actio vtilis ex emto concurrat: quæ poſt alios eſt & ſententia Ant. Fabri, quam & ego ad Treutl. ſecutus ſum. Et poteſt reſpectu diuerſo vtrique actioni, atque ex diverſis cauſis fieri locus. Et actionem ex empto vtilem adcommodari dicemus, quatenus in ſolutum datio ſimilis eſt emtioni, (in quam rectè res aliena deducitur) *d. l.* 4. priſtinam autem actionem, quoniam ſatisfactum non eſt conditioni & naturæ in ſolutum dationi, per traditionem rei alienæ. Sed iſta, vtcunque ita probabiliter diſſeri poſſint, mihi non ſatisfaciunt: neque in reſponſionibus paulò antè ad *l.* 24. *d. pignorat. act.* & *ad l.* 4. *C. de evict.* relatis adquieſcit animus: & in *d. l.* 4. ſimpliciter actio emti datur ob ſimilitudinem dationis in ſolutum, cum emtione: nec minus dicitur evinci res obligata quam res aliena. Et ego magis ſentio cum Dd. vulgo, qui in terminis, quos poſuimus, tantum admittunt actionem vtilem ex empto: & diſtinctio

poſterior Accurſij, an res pro re data ſit, an pro pecunia, probabilis eſt, & ratione hac defenditur, quod hic, vt dixi, incidit res in ſpeciem permutationis, in qua non non rectè venit res aliena: & quæ præterea eſt remotior à venditione, vt docet *l.1.de rer.permut.* At quia vbi in ſolutum data res eſt pro debita pecunia, jam pecunia quæ debita erat, mutat qualitatem ſuam, & induit naturam pretij, perinde ac ſi ea debitori qui jam vicem venditoris habet, pro re in ſolutum data numerata fuiſſet. Et de re pro alia re data nominatim agitur in *d.l.46.de ſolut.* Et *in l.98.in pr.eod.t.* res quæ antè alteri erat obligata doti promiſſa & ſoluta fuit (vt proinde reuera hic locus non pertineat ad rem noſtram) & quod Faber, in *d.l.98.* pro pecuniaria dote antè promiſſa, rem in ſolutũ fuiſſe datã ſcribit, comentitium, imo apertè falſum eſt. Neq; (vt reſpondeam ad aliã objectionem ſupra propoſitam) in *d.l.46.de ſolut.* res in ſolutum ibi data, ſed res pro re data dicitur. Quod attinet ad *l.libera. 8.C.de ſent.& interloc.* quæ ad iſtum caſum nõ videtur poſſe reſtringi, dicam ejus eſſe ſpecialem rationẽ, quod Theodora, quæ per errorem in ſolutum data fuit, non ancilla aliena, ſed fuit libera perſona: atqui in homine libero nullum planè effectum ſolutio habere, nec ea traditio vllo modo pro ſolutione eſſe, nec vllum jus in accipientem conferre aut trãsferre poteſt. Itaq; non mirũ, ſi ejuſmodi re tradita, quæ prorſus eſt extra comercium, priſtina obligatio & actio integra manet. Et hæc quidem ad iſtã quęſtionem ſufficiãt & *d.l.24.de pign.act*, quantum ſcil. ad rem noſtrã pertinet, nam cętera quę ibi proponuntur, nos jam d.loco, aſſeruimus contra Fabrum in exercitationib⁹ noſtris. Quòd aũt attinet *ad l.debitor.59.in pr. ad Sen.Trebell.* ex qua videtur effici, nõ tolli obligationem & jus pignoris, licet creditor domin⁹ ejus ſit effectus, de ea dicem⁹ *lib.5.vbi de modo tollẽdi pignoris per cõfuſionẽ*. Obiter ad *d.l.24.de pign.act.* circa jus dominij impetrãdum, addo, parum ſubtiliter Gothofredum ad eum locum, tanquam ſingulare adnotaſſę, quod princeps auferat dominium judicãdo: nam & hoc quilibet magiſtratus inferior ex cauſa judicati, executionis gratia, facere põt, ſed & princeps, cum dominium hic concedit & addicit, nõ propriè judicat, ſed ex ſpeciali eaq; juſtiſſima cauſa, citra injuriam debitoris, rei pignoratæ, quæ non inuenit emtorem, creditorem dominum facit. Nimis etjã generaliler, & æque inſubtiliter idem Goth. ibid. annotat, quod princeps auferat dominium legem ferendo, reſcribendo &c. quod partim falſo, partim ambiguè dicitur; & de eo hic tractandi locus non eſt.

Finis Libri III. De Pignoribvs.

LIBER QVARTVS.

DE PIGNORIBVS ET HYPOTHECIS:

In quo diſſeritur, De prioritate & prælatione creditorum.

CAPVT. I.

1. *Hypothecarius cur potior ſimplici priuilegiato.*
2. *Prior tempore, potior jure.*
3. *Cur non idem in chirographarijs.*
4. *Quanti temporis prioritas requiratur.*
5. *Quid ſi non conſtet, vter ſit prior.*
6. *Exploſum puerile Fabri argumentum.*

CVM *libro præc.* dixerimus, jus vendendi pignus, non niſi anteriori creditori competere, conſequens eſt, vt jam de jure illo prioritatis agamus. Illud præmittimus, ne quem fallat, quod de priuilegio exigendi paſſim legimus, ſub parte poſteriori *tit. de bon. auth. jud. poſſ.* (qui in vulgatis editionibus eſt proprius titulus *De priuileg. credit.*) priuilegium iſtud ferè tantum ſignificare prælationem & prærogatiuam inter ſimplices creditores, qui chirographarij appellantur, quę vel cauſę vel perſonæ fauori conceſſa eſt. Nos hic autem de hypothecarijs creditoribus agimus, qui omnes potiori jure ſunt, quam chirographarij quantumuis priuilegiati.

Digitized by Google

ti. Equidem in concurſu priuilegiarij ſimplicis cum hypothecario,
1 cauſæ vel perſonæ fauor, illum quidem faceret eſſe potiorem: ſed pro-
pria ratio facit, vt hypothecarius in effectu potior ſit, propter jus in re,
propter quod rem vindicare, auferre, vendere, & ſibi ſatisfacere po-
teſt, vt ſi hypothecaris rebus diſtractis nihil præterea ſit in bonis, ne-
ceſſum ſit, actionem perſonalem, vtcunq; annexum habeat ea priui-
legium, eſſe inanem. Et hoc ſenſu, creditores, qui pignora habent, o-
mnibus priuilegijs, quæ perſonalibus actionibus competunt, præferri
dicuntur *l. eos qui. 9. C. qui potiores.* Cui non obſtat *l. 1. §. 3. de ſeperat.* quo-
niam hic eſt effectus ſeparationis, vt hypotheca, quam contraxit hæ-
res, obligans rem, quæ defuncti fuit, inefficax reddatur. Porrò prio-
ritas & prærogatiua creditorum hypothecariorum aut eſt juris ordi-
narij, aut ſpecialis beneficij & adeo extraordinarij juris: Ordinaria
prærogatiua eſt ex tempore, juxta tritiſſimam regulam juris. Quod
2 prior tempore ſit potior jure *l. interdum. 5. cum ſeqq. l. ſi pignus* 8. *l. ſi &*
jure. 10. *cum l. ſeq. in pr. D. Qui pot. l. 2. l. ſi fundum. 4. l. diuerſis. 8. cum l.*
ſeq. C. eod. & paſſim alibi: Ergo prior tempore, potior eſt, vel, vt alibi
dicitur, melior *l. ſi non.* 14. *qui potiores:* & potentior *l. hujus. 6. §. 1. eod.* &
eodem ſenſu, qui poſterior eſt, infirmior *l. in bello. 15. §. ſi pignore 12. in f.*
de capt. & poſtlim. rer: Extraordinaria prærogatiua eſt ex priuilegio, à
Lege conceſſo, ob quod qui hypothecam poſteriorem habet, ſpecia-
li fauore anteriori præfertur, vt inferius diſtinctim dicemus. Quo re-
3 ferri poteſt *l. priuilegia. 32. de bon. aut jud. poſſ.* vbi dicitur priuilegia æſti-
mari non ex tempore ſed ex cauſa. Equidem nec malè Accurſ. illud
reſtringit ad priuilegia nuda exigendi, quæ data ſunt quibuſdam cre-
ditoribus chirographarijs; de quibus etjam reuera *d. l. 32.* loquitur:
ſed non minus idem obtinet & verum eſt in priuilegijs, quæ data ſunt
quibuſdam hypothecis: cum enim rigore eorum poſterior præfera-
tur priori, non poteſt hoc ex tempore æſtimari: Neque verum eſt,
quod quidam dicunt, hoc quoque eſſe ex priuilegio, quod prior tem-
pore potior ſit jure: aut ſi maximè ita loqui liceat, non tamen
eadem hæc ſpecies priuilegij eſſe poteſt, cum illo, quod v. c. mulieri
pro dote in bonis mariti datum eſt. Et nec facilè videas tamen, hoc
inter priuilegia referri, quod qui prior eſt tempore, potior ſit jure:
ſed id paſſim ordinarij juris eſſe dicitur. Et ad rem nihil facit, quod
creditores chirographarij non habent ex tempore prærogatiuam.

Quin

quin imò ſi à priuilegio ratio prioris illius dependeret, veroſimiliter idem in creditoribus chirographarijs diſpoſitum fuiſſet. Sed ratio differentiæ inter vtriuſque generis creditores inquirenda erat. Et mihi quidem ea hinc ſumenda videtur, quod per pignus conſtituitur & adquiritur jus in re, vt neceſſum ſit, præuentioni eſſe locum: quod & in alijs realibus juribus obtinet: Et quamuis enim, vt ſupra probauimus, obligari res vna duobus in ſolutum hypothecæ poſſit: tamē quod plenum effectum rei concernit, id ita procedit, vt jus poſterioris ſit quodammodo in ſuſpenſo, quo ad ipſos creditores primum & ſecundum attinet: ſiquidem ſecundus non niſi primo dimiſſo jus plenum, & ſcilicet rem pignoratam vendendi, conſequitur. Et itaque dicemus hoc conuenire rationi juris, non vero eſſe ex priuilegio, quod prior tempore, eſt potior jure. Tempus porro, ex quo hîc prioritas æſtimatur, 4
non dicimus annum, non menſem, quin nec diem, ſed potius pene & momentum, vt qui quantocunque tempore prior ſit, etjam potior ſit jure, quo ad omnes effectus, de quibus egimus *lib. præc.* Equidem *lib. 3. cap.* 3. retulimus opinionem Bartoli, quod qui eodem die pignus acceperunt, intelligantur ſimul pignus accepiſſe, nec alter altero potior ſit, ſed vterque in pignore æqualiter concurrat. Verum ibidem falſam eam opinionem eſſe probauimus: & quoniam hic propriè locus eſt de ea re diſſerendi, ne quem autoritas Bartoli fallat, aut eam opinionem forte approbatam communiter, & in foro ſeruari putet, ſententiam à nobis probatam *d. c.* 3. *lib.* 3. hoc loco paucis, tum ratione, tum autoritate Doctorum muniemus. Et ratio quidem eſt peremptoria, quod ſimpliciter adfirmatur ſupra citatis textibus, potiorem eſſe jure, qui prior eſt tempore: Nemo autem ſanus dubitare poſſit, quin ille prior v. c. venerit, qui ſaltem dimidiæ horulæ ſpatio vel quadrante prior acceſſit: & vtique & hora ſiue pars, ſiue ſpecies temporis eſt: & quàm Bartolus & alij quos *d. c.* 3. *lib. præc.* citavimus, decepti ſint, & quàm male acceperint *l.* 16. §. ?. *de pign.* ibidem ſatis oſtendimus: In hanc ſententiam *Bald. in l. Imper.* 8. *n.* 24. *de ſtat. hom.* (vbi ad hoc citat *gl. in l. ſi ex pluribus.* 89. §. *vltim. de ſolut.* quam in meo exemplari non inuenio) quod ratione horæ vnum inſtrumentum prius dicatur altero. Et igitur prior erit, qui atteſtante inſtrumento (idem autem eſt ſi aliàs probetur) hora ſecunda pignus accepit, eo, qui accepit hora tertia. Refert hoc ex Baldo & probat *Felin. in cap. paſtoralis.* 14. *de reſcr. n.* 5. vbi ex gll. probat, quod ratione quoque vnius horæ reſcriptum vnum al-

Digitized by Google

tero prius dicatur: quod ipſe declarat, dummodo de horis conſtet: quod & nos hic præſupponimus: nam in dubio, cujus cauſa potior ſit, paulò poſt dicemus. Et in terminis noſtris hypothecæ, ſi duo eodem die acceperint pignus, eum vincere qui probat prioritatem horæ, tradit *Bald. in l. de rebus. 13. nu 4. Cod. de donat. ant. nupt. Decius conſil. 689. incip. viſo puncto num. 2. & ſeqq* Et idem *in d. c. paſtoralis de reſcr. num. 16. & 17.* vbi ait, quod et prioritas attendatur in puncto. Et ita in terminis quoque id tradit tamquam certum *Garl. 2. obſ. 25. in pr.* Porro quæritur, quid juris ſi duobus creditoribus concurrentibus, non conſtet vter ſit prior (quid hic juris ſit, ſi concurrat fiſcus & priuatus, diximus *infr. cap. 10.*) Et meminerunt aliquà iſtius quæſtionis citati *Dd. Et Dec. in d. c. paſtoralis* refert quorundam hanc opinionem, quod ille vincat, qui horam probat certæ diei, contra eum, qui probat ſe eadem die accepiſſe pignus, ſed horam probare neſcit. Quam ſententiam ipſe recte improbat. Et quid enim ſi ille fortaſſis ſub diei poſtremam horam pignus ſe accepiſſe probauerit? Et eſt aliàs iſte caſus ſpecialis, qui non ſatisfacit quæſtioni generali. Et ſiquidem vnus poſſideat, vincet vtique ex communi regula, quod in pari cauſa melior ſit cauſa poſſidentis, nec petitor poſſidenti euincere poterit rem & poſſeſſionem auferre, niſi ſe priorem eſſe probauerit: idque & ſatis perſpicue probat *l. ſi debitor. 10. pignorib.* Sed ſi de ſine vſu poſſideat, potiorem eſſe cauſam occupantis reſpondit Bartolus in *l. ſi fundus. 16. §. ſi duo. 8. num. 3* de pignorib. per *l. ſi quis. 14. inf. pr. d. noxal. act.* per quam apparet intelligere Bartolum, quod ille dicatur occupaſſe, qui prius ad ſententiam peruenit: nec diſplicet ea opinio *A. Fabro. decad. 21. cap. 9. in f.* Sed Vertumnus ille & Proteus *decad. 86. cap. 9.* contendit illum occupaſſe intelligi, qui prius litem conteſtatus eſt, quæ opinio omnino falſa eſt: Etenim licet quis poſterius litem conteſtatus ſit, ſi tamen prior obtinuit poſſeſſionem per executionem ſententiæ, non poterit ea ipſi auferri, (poſito caſu dubio,) per eum qui poſtea vicit, vtcunque prius litem fuerit conteſtatus quamquam nec vincere poſſe videatur, cum poſſeſſor, qui alteri, qui prius ſententiam obtinuit, rem juſſu judicis reſtituit, & ita ſine culpa ſua poſſeſſionem amiſit, communi jure ſit abſoluendus. Et hoc quoq; confirmatur ex *l. ſi vero, 10. in fin. de pecul.* vbi
6 itidem dicitur occupaſſe, non qui prior litem conteſtatus eſt, ſed qui prius ad ſententiam peruenit. Et plane pueriliseſt objectio Fabri, quod per litis conteſtationem inducatur nouatio, & actio, quæ erat antea

Digitized by Google

antea communis, vnius propria efficiatur. Nam præterquam, quod conteſtatio litis non inducit novationem veram, quod de duobus reis A. Faber adfert, omnino diſſimile eſt, quoniam hoc modo ita in ſingulorum perſona obligatio inducitur, vt facto vnius veluti novatione, acceptilatione tota perimatur: quoniam in vniuſcujuſq; perſona in ſolidum tota obligatio conſiſtit. Itaque & ſi vnus litem fuerit conteſtatus, alteri nulla amplius actio competit, cum obligatio tota & integra ſit in judicium deducta. At longe alia ratio eſt in noſtro caſu, tum quia non ponimus duos ſimul tamquam duos correos pignus accepiſſe, ſed vnum poſt alium: tum præcipuè, quoniam alia obligationum & actionum perſonalium, alia actionis & juris in rem ratio eſt: neque certius quidquam eſt, quam duos poſſe ſimul ſe pro dominis gerere, & vtrumque ſimul actionem movere contra poſſeſſorem. *l. is à quo. 57. de rei vind. l. pen. de pet. hered.* cum quiſque ſeorſim jus proprium prætendat: quod & in duobus creditoribus & eo magis contingit, quoniam duobus eadem res in ſolidum obligari poteſt: Et præterea quod de noautione per ſententiam dicitur ex *leg. 3. Cod. de vſur. rei jud.* (& eam tamen novationem Dd. appellant cumulatiuam) ad actiones in rem nullo modo pertinet. Adeo nihil ineptius in his terminis fingi aut dici poteſt, quam quod actio quæ ante communis erat, per litis conteſtationem vnius fiat propria: quoniam nulla actio hic eſt communis, ſed quiſque proprium jus prætendit: & quod jam diximus ex *dict. leg. 57. de rei vind.* Quod vnus actionem in rem ex jure dominij pignoris aut dominij contra poſſeſſorem mouit, non impedit, quo minus & alius contra eundem in rem agere poſſit. Nihil igitur opinione Fabri falſius eſt: & cetera quæ nugatur, nos in exercitationibus noſtris confutauimus & *dd. 2. Neguzant. p. 5. memb. 2. num. 31.*

Digitized by Google

CAPVT II.

1. *Cui ex die res obligata eſt, potior eſt eo cui poſtea eſt obligata jure.*
2. *Quid ſi conditio fuerit adjecta.*
3. *Ad l.1.in.pr. Qui potiores.*
4. *Ad l.pen. quæ res. pign.*
5. *Ad l.9.§.2. Qui potiores.*
6. *Ad l.11.§.2. Qui potior.*

PRior eſt jure, qui prius pingnus aut hypothecam accepit. Contractam autem prius fuiſſe obligationem principalem non ſufficit. Et nimirum, ſi Titius pecuniam dederit ſine hypotheca, mox Sempronius dederit ſub hypotheca fundi: & tum poſt Sempronium idem fundus datus fuerit hypothecæ, Titio, hoc non primus ſed ſecundus & Sempronius Titio potior eſt (quoniam conuentio ſuper hypotheca ſeparata eſt à contractu principali) qui caſus eſt *l. creditor.12.§.ſi primus.2. Qui potiores.* Quod tamen ita declaratur, ſi in priori contractu cum Titio nihil omnino de hypotheca actum fuerit, & nihil conuentum. Quod ſi enim conuentum ſit ſaltem ex die, licet ante diem alteri pure data ſit hypothecæ eadem res, ille tamen potior eſt: text expr. in *dict. leg. 12.§.2.in fin. qui potiores: in verſ. vnde*, quæ tamen conſequentia minus neceſſaria eſſe videtur: & ſane neceſſaria non eſt: nec enim alia eſſe poteſt, quàm hæc, quam annotauit Accurſius. Quod, ſi qui pure contraxit, nec quidquam pactus eſt de hypotheca, poſterior eſt eo, qui interim pure conuenit de hypotheca: ergo potior erit, qui de hypotheca tempore contractus, licet non pure pactus eſt. Hæc, inquam, conſequentia non eſt neceſſaria, quoniam præſupponit, quod quæcunque conuentio ſuper hypotheca inducat prioritatem, prę eo qui ſimpliciter & pure poſtea ſuper hypotheca pactus eſt: quod ipſum in controuerſia eſt: & in hac ipſa ſpecie, ſi ponamus Titium, cum mutuam pecuniam daret, pactum eſſe, vt ſeruus debitoris Caij poſt Cal. Majas ſibi pignori eſſet, cũ ſeruus idem ante Cal. Majas Sempronio pure datus pignori eſſet, non immerito dubitatur an Titius potior ſit Sempronio: ſiquidem, non vt conditio, ita dies quoque

Digitized by Google

quoque retrotrahi videtur: quod præbuit cauſam Accurſio, vt iſtum locum interpretaretur de incerto die, qui ſolet inſtar conditionis eſſe. Sed neque probabilis eſt hæc interpretatio, cum in dubio certus dies intelligendus ſit, nec neceſſaria: & habet deciſio iſta etjam in die certo rationes ſuas: ſiquidem ſatis eſt conuentum ita ſub hypotheca, vt inuito debitore res ſit pignori futura, (per ea quæ mox de conditione dicemus) & ponimus enim purè contractum principalem obligationem, & v.c pecuniam numeratam fuiſſe: itaque jam in ea cauſa cepit eſſe res, vt neceſſariò teneretur priori, Titio: nec in poteſtate debitoris eſt, facere, ne veniat dies. Quin imò dies non impedit naſci obligationem, ſed tantum vt actio differatur efficit, itaq; vtcunque dies ſit adjecta conuentioni de pignore, ſtatim tamen res obligata eſt. Et hanc ſententiam, & quod deciſio JCti *in d. l. 12.* etjam in die certo locum habeat, probat *l. qui balneum. 9. in pr. qui pot.* vbi qui balneum conduxerat ex proximis Calendis, pactus erat, vt Eros ſervus locatori pignori eſſet: mox cum antè Calendas idem ſeruus alteri pignori datus eſſet, reſpondetur, Titium locatorem potiorem eſſe, quoniam jam Eros ceperat eſſe in ea cauſa, vt inuito Titio jus pignoris in eo ſolui non poſſet: quæ eadem ratio in *l. 12. §. 2. qui pot.* militat. Nec facit differentiam, quod in *d. l. 9.* non hypothecæ, ſed ipſi contractui principali dies adjectus eſt: quoniam, vt ſupra diximus, dies adjectus contractui, cenſetur repetitus in hypotheca, ſiquidem antequam conſiſtat obligatio principalis, nec res hypothecæ obligata eſſe poteſt. Quæ diximus de 2
die, eadem & multo magis obtinent in conditione, ſiue conditio fuerit adjecta contractui principali, ſiue hypothecæ. Atque ita, qui ſub conditione accepit hypothecam, potior erit eo, qui poſt accepit rem puri pignori, licet poſtea demum exſiſtat conditio: quoniam & hic res cepit in ea eſſe cauſa, vt inuito debitore pignoris obligatio non poſſet ſolui: idque tanto magis habet locum in conditione, quod juxta regulam vulgatam conditio retrotrahitur ad tempus actus, cui fuit adjecta, vt perinde habeatur, ac ſi initio actus puri eo ſine conditione geſtus fuiſſet, ut eſt textus in terminis in *l. potior 11. §. 1. in fin. D. Qui potiores.* Cum ſemel exſtitit conditio, inquit JCtus, perinde habetur, ac ſi ſtipulatio initio ſine conditione facta fuiſſet. Atque hæc ita procedunt in conditione propriè dicta, quæ pendet ex caſu, & inuito debitore facit naſci obligationem, ipſa ſcilicet extra poteſtatem debitoris conſtituta: ſecus eſt in conditione minus propriè dicta, & quæ pen-

det ex debitoris voluntate, penes quem eſt an exſiſtat, nec ne? & conſequenter etjam an obligetur nec ne? quoniam à conditionis exſiſtentia ipſa pendet obligatio. Sub hac conditione ſi contractum, & pignus acceptum, vel ipſi pignori ea conditio adjecta ſit, qui ſecundo, antequam conditio exiſteret, rem purè accepit hypothecæ, potior eſt illo qui primò de hypotheca ſub ejuſmodi conditione pactus eſt. Vtrumque hoc & de vtraque conditionis ſpecie textibus & exemplis probatur. Et in *l. qui balneum. 9. §. 1 qui potiores.* tuendum creditorem qui ſub conditione conuenit, ait JCtus, aduerſus eum, cui poſtea (videlicet ſub eadem hypotheca) deberi quidquam cæpit, ſi modo non ea conditio ſit, quæ inuito debitore non poſſit impleri. Et de tali vero conditione, quæ inuito debitore impleť, eſt reſponſum in *l. potior.* 11. §. 1. *qui pot.* itaq; præferendus eſſe dicitur, qui prius contraxit, ei, qui pendente conditione hypothecam accepit. Contra de conditionis altera ſpecie, q̃ eſt in debitoris poteſtate, eſt *d. l* 11. *in pr.* vbi ego tibi ſub hac conditione do hypothecam, ſi à te pecuniam accepero: quod cum ſit in mea poteſtate, & ego pecuniam à te accipere non cogar, fit vt ſit potior, cui ego eandem rem interim obligaui, vtcunque à te poſtea pecuniam accepero. Ejuſdem generis & duplicis iſtius conditionis oppoſitio eſt *in l. 1. in pr. & in §. 1. qui potiores.* Et *in d. §.* ait JCtus aliam cauſam eſſe ejus, qui pecuniam accepit ad eam ſummam, quam intra diem certum numeraturus eſſet (eſt eadem ſpecies quæ in d. l. 11. in pr.) & priuſquam numeraret, alij res pignori data fuit. Quæ oppoſitio vt magis ſit
3 perſpicua, caſus & ſpecies *d. l. 1. in princ. qui pot.* nobis hic explicanda eſt. Titius promiſit dotem, & eam reddi ſibi à marito ſtipulatus eſt, & in reſtitutionis ſecuritatem à marito fundum hypothecæ accepit: poſtea cum Titius tantum partem (quinquaginta ſcilicet ex centum quæ doti promiſerat,) numeraſſet, antequam reliquum ſolueretur, maritus eundem fundum Sempronio pignori obligauit, poſt reliquam partẽ Titi' ſoluit: ſoluto matrimonio & cõueniẽte caſu quo reſtituenda eſt dos, quæritur an Titius, quo ad integra centum ſit potior Sempronio, an ſaltem, quo ad quinquaginta quæ prænumerauit, antequam fundus Sempronio obligaretur. Ratio dub. contra Titium eſt, quod ante ſolutionem reſidui, fundus fuit Sempronio obligatus: qua non obſtante pro Titio reſpondetur, ex ſupra dicta ratione his verbis: reſponſum eſt (hæc verba alibi deſunt) cum ex cauſa promiſſionis ad vniuerſæ quantitatis exſolutionem, compellatur, qui dotem promiſit,
non

non vtique eſſe obſeruanda ſolutionum tempora, ſed diem contractæ obligationis: Et nimirum quia Titius obligatus fuit ad ſolutionem ſolidi, non poſſe mutari obligationem pignoris in præjudicium Titij, ob id quod paulo tardius reſiduum ſoluit: quod pręſertim mariti conſenſu potuit admiſſa fuiſſe ſolutio per partes. Alia ratio dubitandi ex prædicto fundamento, contra Titium in *d.* §.1. proponitur & remouetur his verbis: *nec probe dicis, in poteſtate ejus eſſe, ne pecuniam redderet reſiduam.* Hoc enim, pro regula traditur: Quoties eſt in poteſtate debitoris, ne obligetur, toties non eſſe priorem illum, qui ante perfectam, imò contractam obligationem conuenit, ſed cui ſecundo loco pignus fuit obligatnm. Atquin in noſtro caſu in poteſtate mariti fuiſſe videtur, ne in reſiduum, quod necdum fuit numeratum, obligaretur, quod ut exigeret aut exciperet, cogi non poterat. Hæc enim eſt vera explicatio (Accurſio etjam viſa) verborum, *ne pecuniam redderet*, id eſt, ne maritus (ad quem referendum eſt, verbum *redderet*) reſiduum accipiendo, obligaretur ad ejus reſtitutionem: qui ſcilicet non accipiendo videbatur facere poſſe, vt ne ad reſtituendum obligaretur: & lapſus eſt Cujac. in explicatione *d. l.* 1 *lib.* 8. *quæſt. Papin.* dum illa verba, *ne pecuniam redderet* refert ad Titium, qui dotem promiſerat; vel ideo vitioſe, quoniam hic ſoluit pecuniam, non reddit: & prætereà in ejus vtique poteſtate non eſt, ne pecuniam ſoluat: denique regula jam ſæpius relata, pertinet ad debitorem, qui pignus dedit: atquin in *d. l.* 1. non Titius qui promiſit dotem, ſed maritus qui dotem accepit & ſtipulatus eſt, pignus dedit; qui &, quatenus ſoluto conjugio acceptam dotem reſtituere tenetur, debitor eſt. Et hactenus quidem ratio dubitandi, quod in poteſtate videatur eſſe mariti, reſiduum dotis non accipere: ſed quæ ibidem remoueatur illis ipſis verbis, *quod hoc non probe dicatur,* &c. cujus porro additur ratio in f. p rinc. verbis, *vt videatur mulier minus eſſe dotata.* Et ſignificat enim JCtus maritum ſatis ad hoc cenſeri obligatum, vt exigat aut accipiat reliquum dotis, quia aliàs non probe faceret, nec bona fide ageret, cum ita futurum eſſet, vt mulier minorem haberet dotem. Licet enim conueniſſe proponatur, vt dos reſtitueretur Titio, poteſt tamen ea reſtitutio cedere in commodum vxoris *arg. l. quæ dotes* 33. *ſed matrim.* Et hęc ad explicationem *d. l.* 1 *in pr. Qui potior.* quæ facit ad declarationem regulæ, quam antea propoſuimus, 4
& quę ex *d. l.* 1. §. 1. firmatur, vbi JCtus ait, aliud eſſe, ſi à voluntate debitoris pendeat, an ſit obligatus nec ne. Itemque ex *l. pen. Quæ res pign.*

in

Digitized by Google

in qua JCtus in his terminis, quibus pecuniam Accepturus quaſdam res pignori obligauerat,(id enim per deſtinationem ibi intelligitur, & ita loquitur JCtus intuitu contractus principalis, q in futurum collatus eſt, & ab arbitrio alterius pendet, quo reſpectu & effectu inſpecto, nõ tam res vere obligata, quam deſtinata pignori eſſe videtur) reſpondet, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata eſt: vt videl. inferat (quæ illius loci principalis quæſtio eſt) ſi quæ res ex deſtinatis pignori, alienatæ fuerint, eas ſine onere pignoris ad emptorem tranſire, & res, jam anteq̃ pecunia numeraretur, venditas, poſt numerata ea in obligatione non eſſe, vtcunq; pignori jam ante obligatæ, aut potius deſtinatæ fuiſſent: & vt in *f.d.l.pen.* JC. ait, quas res adhuc numerationis tempore in bonis debitor habuerit, eæ pignori tenentur. Et hinc v. infertur ad noſtram materiam, ſi ante numerationem res alteri fuerint obligatę, hunc eſſe priorem & potiorem ex ſæpe dicta ratione, quia in poteſtate fuit ejus, q res pignori dedit, vel potius deſtinauit, pecuniam accipere vel nõ. Aliud hic addendum eſt exemplum ejus conditionis, quæ in poteſtate debitoris nõ eſt:
4 ex *d.l.qui balneum.§.ſed et ſi 2. Qui potior.* Heres pro legatis quę ſub conditione caſuali relicta erant, pignori res quaſdam legatario obligauerat, & eaſdẽ, anteq̃ cõditio exiſteret, pignori dederat Sempronio, poſtea exſiſtente conditione, legatarium potiorẽ eſſe reſpondetur. Quod ſupra dictæ doctrinæ conuenit; & ideo notandum eſt, quoniam per hũc textum refutatur opinio Interpp. quos refert & ſequitur *Neguz. p.5.memb.2.ampliat. 16.verſ.ſed licet* qua exiſtimant, ſi hæres bona, quæ ex conſtitutione Iuſtin. *in l.1.C.comm.de legat.* legatarijs obligata ſunt, pendente conditione, ſub qua aliquid relictum eſt, alienauerit, conditione licet poſtea exiſtente, legatarium ea vindicare jure pignoris non poſſe. Quod ſi ita eſſet, neceſſariò ſequeretur, ante exſiſtentem conditionem, pignoris obligationem reb⁹ teſtatoris nõ inhæſiſſe; & ꝙ non tempus legati aut mortis teſtatoris, ſed exſiſtentis conditionis ſit inſpiciendum. Porrò ſi pignoris obligatio nunc inhæſit rebus, anteq̃ conditio exſiſteret, & res antè ſine onere, potuerũt obligari, rurſus neceſſariò ſequitur, ꝙ eædem res potuerint libere alteri interim obligari, ita vt ille quantumuis conditione poſtea exſiſtente, legatario ſit futurus potior. Hoc vero perſpicuè falſum eſſe probat᷑ tum ex hactenus dictis, ſiquidem in heredis poteſtate non eſt, an ſit debitor nec ne, & an conditio exſiſtat, nec notum ex *d.l.9.§.2.Qui potiores.* Nihil enim hactenus intereſt,

Digitized by Google

intereſt, an expreſſe res ab hærede, an tacite à Lege ſint obligatæ. Et conſequenter igitur falſum eſt, ꝙ res obligatæ à Lege poſſint interim liberè & ſine onere alienari, & ita facto hæredis cum injuria legatarij eximi hypothecæ legali. Vtitur Neguz. hac vnica ratione, ꝙ conditio legatorum non retrotrahitur: hinc fortaſſis, ꝙ legatario ante exiſtentiam conditionis mortuo, legatum deficit, nec ad hæredes ejus tranſmittitur. Verum 1. ſi non fit retrotractio quo ad tranſmiſſionem, non proinde nullo modo & quo ad nullum effectum fieri tranſmiſſionem conſequitur. Deinde vitioſè infertur: non fit retrotractio conditionis in legatis, Ergo res ꝓ legatis oppignorata ante exſiſtentem conditionem, liberè alienari aut obligari alij poteſt. Etenim licet in *l. potior.* 11. §. 1. *Qui pot.* etjam retrotractionis mentio fiat, tñ, vt ex præmiſſis apparet, JCti in hoc queſtionis & deciſionis iſtius fundamentum collocãt, ꝙ in poteſtate debitoris eſt, vel non eſt, an obligetur. Atquin in terminis iſtis, ſi conditio caſualis legato adſcripta eſt, nõ eſt in poteſtate hæredis, an obligatus ſit nec ne: Et ſupra in pr. cap. probauimus, ꝙ etjam in die certo, qui non retrotrahitur, idem obtineat; Et igitur cum JCtis reſpondebimus, obligationem pignoris rebus efficaciter inhærere eo tempore, quo pignus conſtitutum eſt, ſiue expreſſe ſiue tacite, ita vt exinde res liberè nec alienari nec alij obligari poſſit, & conditio exiſtens faciat, vt legatarius quocunq; alio, q pendente conditione pign⁹ accepit, potior ſit, & rem quoq; interim alienatã ꝑ Seruianã actionẽ à quocunq; poſſeſſore vindicare poſſit. Et hãc ſententiam veriſſimã eſſe non dubito, ꝓ qua facit, ꝙ ipſe *Neguz. d. part. 5. memb. 2. ampliat. 15.* differẽtiæ rationem, inter vtrumq; caſum, quo in poteſtate debitoris eſt vel nõ eſt, an obligetur, ex Dd. hãc reddit, ꝙ vbi pendet à voluntate partis & alterutrius, an ſit obligatus, non ſit tam contractus verus, q̃ potius nudus de contrahendo tractatus: ꝙ veriſſime dicit, & ex ſupra citatis textibus probat. Et hinc etjam põt ſumi ratio decidendi *ad l. pot.* 11. §. 2. *Qui pot.* vbi ꝓponuntur obligata, quæ quis in fundum conductum inuecturus illaturus eſſet: & reſpondet JCtus Locatore eum fore potiorem, cui res illæ anteq̃ fuiſſent inuectæ, pure fuerunt obligatæ. Fuit n. in poteſtate debitoris, an res inferret, nec ne: & tanto magis id procedit, ꝙ in *d. l.* 11. §. 2. non proponitur hypotheca determinata ad res certas, ſed quaſi generalis & certe indefinita ſuper inferendis: quamq̃ non dubitauit idem reſpondere, vtcunque de rebus certis inferendis conuentum fuerit: tum ex ratione jam dicta: nec n. ob id potuit cogi 6

Digitized by Google

conductor vt res eas inferret: tum ex ea quę in *d.*§.2. proponitur, quod iſta hypotheca non naſcatur ex conuentione, ſed ex facto ſecuto illationis, & proinde eum, qui res eas antequam inferrentur, quæ eſt ſola hypothecæ cauſa, pignori accepit, potiorem eſſe oportet. Equidem non eſt in poteſtate debitoris, quo minus obligetur ex conducti one quæ pure contracta proponitur; & nudo conſenſu conſtituitur: ſed diuerſa & diſtincta à contractu principali eſt pignoris obligatio: & ratio illa, an in debitoris ſit poteſtate &c. non ad contractum principalem ſolumodo, ſed etjam & non minus ad hypothecam & ſuper ea initam conuentionem pertinet: cum non alio caſu ratio ea concludat, quam quo propter contractum hypotheca obligatur, & ipſa obligatio principalis cum acceſſoria in poteſtate debitoris non eſt. Vbi enim hoc ſolum etjam in poteſtate debitoris eſt, an res ſit hypothecæ obligata nec ne, quia contractus principalis ſine hypotheca eſſe poteſt, eadem ratio militat, vt ille potior ſit, cui res purè obligata fuit, eo cui res quaſi tantum pignori fuit deſtinata, vtcunque obligatio principalis efficax ſit, & non amplius pendeat à voluntate debitoris: Et cũ de obligatione hîc pignoris tractemus, & quis in eo jus poti⁹ habeat, tanto magis in quæſtione hac, attendendum videtur, an in poteſtate debitoris ſit, vt res ſit pignori, vel non ſit obligata. Et hæc quidem ad hanc quæſtionem ſufficiant. Fruſtra aũt hic à quibuſdam affertur *cap. ſi pro te ext. de reſcript. in VI.* ex quo videtur poſterior potior eſſe, licet in poteſtate prioris non ſit, an id fieret nec ne, de quo ibi tractatur. Sunt n. caſus omnino diuerſi, & Papa pleniſſimam poteſtatem habet concedendi beneficia, qui etjam per conceſſionem poſteriorem purè factam, priorem conditionatam reuocaſſe intelligitur: & qui liberè poterat inhibere illis, qui jus eligendi habebant, ne in priorem beneficium conferrent.

Capvt III.

1. *Ad l.12.§.5. Qui pot.*

PRioritas iſta, de qua diximus reſtringitur ad contractum ſuper quo pignus prius acceptum eſt, non autem porrigitur ad alios contractus, qui ſub eodem licet pignore, ſed poſt alios, quibus eadem res pignori data fuit, initi & celebrati fuerunt. Et potuit eſſe dubitandi ratio, ꝙ videbãtur duo cõtractus, cum eodem & ſup eodẽ pignore initi, conjun-

jungendi eſſe, vt poſterior ad priorem aut viceuerſa, quo ad jus prioritatis traheretur. Sed in contrarium aperta eſt decidendi ratio, quod illi ſunt ſeparati cõtractus, Eſt iſta deciſio in *l. creditor*. 12. §. *ſi idem* 3. *Qui pot.* Titi⁹ hodie Mæuio contrahit, & Stichum ſeruum accipit pignori: cras idem pignus obligatur Sempronio: perinde Titius ſub eadem hypotheca, mutuum dat Mæuio: Titius quo ad primũ contractum Sempronio prior, ſed quo ad ſecundum, poſterior eſt. Si, inquit JCt⁹, idem bis crediderit eidem, ante & poſt Sempronium, in priore pecunia potior & prim⁹, in ſecunda, poſterior & tertius eſt. Idem tractatur & deciditur in eadem *l. 12. §. Papin. 5.* (aliàs eſt initium nouæ Legis) *Qui pot.* 1
Titius credidit Mæuio centũ ſub pignore fundi Tuſculani, mox idem debitor acceptis à Sempronio quadraginta, eundem fundum ei obligauit, tum acceptis à priori creditore Titio alijs centum, & p nouationem in vnam ſummam vtroq; debito contracto, rurſus eundem fundum Titio obligauit. Quæritur, quid juris Titius & Sempronius habeant in fundo. Et reſpondet JCt⁹, poſſe quidem Titium (ceſſante debitore) totum fundum vendere, ſed ita, vt priori tantum contractu creditam pecuniam expenſam ferat, non verò etjam alteram eam, q̃ ſecundo loco & poſt Sempronium credidit; atq; ita pretium ex venditione fundi redactum, vel ex pretio Titius tantum quantum ſatis eſt, in primam ſummam imputabit, reſiduum autem & quod ſupereſt, vt eſt in *f. d.* §. reſtituet ſecundo, & nimirum Sempronio, qui Titio quo ad ſecundam ab eo datam pecuniam, potior eſt. Itaq; ſi pretium quo res vendita eſt, conficiat C X L. centum tantum ſibi retinebit Titius, reliqua XL. Sempronio tenebitur reſtituere. Ratio dubitandi eſſe poteſt: Quod cum nouatione facta, vtraq; pecunia prior & poſterior, in vnam ſummam fuerit redacta, nõ videatur cõmode ſeparatio ita inſtitui poſſe, vt in vna parte prior, in altera poſterior Titius habeatur. Ratio aũt decidendi eſt: quoniam, vt *lib. ſeq.* pluribus dicemus, ſum̃o jure nouatione facta, Titius jus prioritatis, etjam quo ad pecuniam prius creditam amiſerat, quia p nouationem pignora liberantur *l. nouatione* 18. *de nouat.* Sed æquitatis intuitu receptum fuit, vt nouatione facta, & repetitis pignorib⁹ iiſdem jus prioritatis maneret ſaluum creditori, hoc colore, quaſi in locum ſuiipſius & ſibi ipſi ſuccedere videretur: vt eſt in *d. l.* 12. §. 5. *junct. l.* 3. *eod.* Hoc, cum æquitas ſuaſiſſet, non fuit extendendum ad pecuniam ſecundam, cum injuria creditoris alterius, qui ante pecuniam dedit & pignus accepit: & ſatis eſt, ſi nõ obeſt creditori

Digitized by Google

nouatio in pecunia primùm credita, & quo ad hāc ſalua ei manet prioritas : & quod in locum ſuum ſuccedere dicitur creditor, nec debet nec poteſt aliter intelligi, niſi quo ad pignoris jus, quod habuit ante nouationem, vt hoc ipſi integrum conſeruetur, non autem, vt in pecunia poſtea credita, idem conſequatur. Qua autem actione pecuniam reſiduam ex venditione pignorjs redactam, creditor ſecundus conſequi poſſit, an in factum actio, an hypothecaria vtilis ei competat, tractauimus *lib. præc.* in materia Seruianæ actionis. Quoniam igitur juxta *d. l. 12. §. 5. Qui potiores.* creditor ille primus, qui vendidit pignus, tantum pecuniam quam primo credidit, poteſt ſibi retinere, & quod ſupereſt creditori ſecundo Sempronio reſtituere tenetur, fit hinc, vt Sempronius, vt confirmet jus ſuum, & vt in re tota potior ſit, non teneatur Titio offerre omnem pecuniam quam credidit, ſed tantum eam quam credidit priori loco : quoniam quo ad hanc quoque tantum, prior, in reliqua poſterior eſt: quod traditur in *l. quærebatur.* 20. *D. Qui potiores*, vbi ſecundus creditor prior & potior dicitur eſſe in hyperocha (vt recte Florentinus codex, male autem vulgatus, *hypotheca*) Ita enim ſolebant debitores, qui jam rem obligauerant, ne incurrerent crimen ſtellionatus, ſibi cauere, vt profiterentur ſe rem obligare, quanti ea pluris eſſet, juxta *l. & quæ. 15. §. vlt. de pignorib.* Atque ita res ſe habet in debito plane nouo, quod creditor primus poſtea contraxit: ſecus ſi ſit debitum acceſſorium & quod à primo deſcendat aut dependeat, veluti vſurarum : nam quo ad has primus debitor potior & prior ſecundo eſt, & manet *d. l. 20. in fin.* & plenius docetur in *l. Lucius 18. cod. tit.* vbi inepta eſt Accurſij objectio, quod vti debitor facere poteſt, ne debeat, non habeat creditor jus prioritatis: poſſit autem debitor ſoluendo ſortem, facere, ne debeat uſuras. Etenim ridicule hæc regula & LL. adcommodātur, quæ de longe alia facultate loquuntur: ceteroquin ſolutione omnis obligatio & omne debitum perimitur.

CAPVT

Caput IV.

Amplius de Regula, quod prior tempore, ſit potior jure.

1. *Prior eſt, qui licet nude conuenit de pignore.*
2. *Itemque prior eſt, licet non conuenerit de vendendo.*
3. *Item licet à non domino prior pignus acceperit.*
4. *Ad l. 14. Qui potiores.*

TRes ampliationes, (ita enim appellari poſſunt) hujus regulæ dabimus hoc capite. Prima eſt, procedere eam, licet nude conuentum de hypotheca cum Titio, & poſt eadem res Sempronio tradita fuerit: nihilominus enim Titius præfertur Sempronio & ceſſante debitore inſtituta actione Seruiana pignoratam rem, Sempronio auferre & vendere poteſt: textus eſt in *l. creditor. 12.* (alias *l. ſi prior*) *§. vlt. in fin. & in l. 14. qui pot.* Et ratio hujus rei peremtoria eſt: quod iuxta ſupra tractata, conuentio ſola & nuda citra rei traditionem, poteſtate Edicti prætoris, afficit rem, & jus in re parit creditori. Et traditio rei pignoratæ quomodo conſtituitur contractus realis, proprios ſuos effectus, inprimis quo ad actiones perſonales, pignoratitiam, directam & contrariam, habet; Sed nihil prærogatiuæ tribuit quo ad jus prioritatis aut mouendam præ ceteris actionem hypothecariam: niſi hactenus, vt lib. 3. diximus, quod cui res tradita fuit amiſſa poſſeſſione poteſt cõuenire ſtatim rei detentatores, nec ei obijci poteſt excuſationis exceptio: Et huc referri poteſt, quod Iuſtinianus ait *in §. Item Seruiana Inſt. de actio*., quod quo ad actionem hypothecariam inter pignus & hypothecam nihil interſit. Qua in re diuerſum obtinet in venditione & alijs contractibus, ex quibus non jus in re, ſed tantum perſonalis actio adquiritur: Ex quo fit, vt ſecundus venditor cui res tradita eſt, potior ſit eo, cui res prius tantum vendita fuit, qua de re tractatur in *l. quoties. 25. Cod. de rei vindicat.* Altera amplatio 2
eſt, quod prior ſit & potior, qui prius de hypotheca conuenit, licet non adjectum ſit, vt ei rem vendere liceret. Quę de hac re tractauimus *lib. prec.* circa effectum tertium & jus vendendi *in princ.* oſtenduntur,

non omnino deficere hic omnem rationem dubitandi: & vtique non indignum hoc cenſuit reſponſo ſuo Papinianus (ſiue Marcianus) *in l. creditor* 12. (aliàs eſt *l. ſi prior.*) §. *vlt. qui potior.* Ratio videtur ſolida eſſe, quod pignori jus vendendi ineſt, etjam ſi nihil de eo ſit actum, per ea quæ *d. loco* diſputauimus. Sed JCtus in *d* §. *vlt.* alia vtitur ratione & hac nimirum, quod potior ſit, qui tantum conuenit nudè ſuper pignore, licet alteri tradita poſtea res fuerit: quæ ſane comparatio & illatio paulo remotior & obſcurior videtur. An ea ratione hoc infertur, quod qui permittit vendere, hoc ipſo permiſiſſe quoque cenſetur, vt poſſeſſionem adprehendere liceat? quæ in altero caſu transfertur per traditionem: an potius ſimpliciter hoc voluit ſignificare JCtus, quod ſola conuentio de pignore, ex tempore jus prius & potius tribuat, etjamſi nec de vendendo pignore quidquam cautum nec poſſeſſio rei
3 pignoratæ fuerit in creditorem translata. Tertia ampliatio eſt, vt procedat regula, etjamſi non dominus rem pluribus diuerſo tempore obligauerit: nam & hic potior eſt, qui rem prius hypothecæ accepit. Intelligimus autem hic eum non dominum qui bona fide poſſidet rem tamquam ſuam, & alteri itidem bona fide agenti, rem obligat, ceteroquin obligatio pignoris non conſtituetur. Et ratio hujus ampliationis eſt perſpicua, quod prætor tuetur hoc pignus & hũc creditorem, per quaſi Seruianam non minus, quam ipſum debitorem
4 per actionem Publicianam tuetur *l. ſi ab eo.* 18. *de pignorib.* Et eſt textus in *l. ſi non dominus.* 14. *qui potiores.* quæ tractat de non domino: non quod aliud ſit in domino, quod non niſi inepte quis inde inferat: ſed quod vt ex ſeqq. in *d. l.* 14. apparet, aliud eſt, ſi vnus non dominus duobus rem pignori obligaverit: aliud ſi duo non domini id fecerint: Et tota hæc noſtra tractatio eſt de vno eodemque debitore, qui pluribus vel duobus rem obligavit: ſed ad explicationem *d. l.* 14. differentiæ ratio paucis attingenda eſt: Nimirum, quæ ratio eſt Publicianæ, eadem eſt Seruianæ *d. l.* 18. *de pign.* Atquin vbi vnus non dominus rem vendidit duobus, ille potior eſt in Publiciana cui prius res tradita fuit: vbi autem duo non domini vendiderunt, ille potior eſt, qui poſſidet *l. ſiue autem.* 9. §. *ſi duobus.* 4. *de Public.* Ergo ad eundem modum in Seruiana actione mouenda, ſi vnus non dominus duobus rem obligauit, ille potior eſt cui prius res obligata fuit (conuentio enim pignoris inducit jus in re, & hactenus tantum operatur quantum traditio ex cauſa venditionis) ſin duo non domini eandem rem diuerſis obligauerint,
poſſiden-

Poſſidentis cauſa potior eſt, vt in terminis reſponſum eſt in *dict. l. 24. qui pot.* Et vtriuſq; deciſionis eadẽ eſt ratio: quod nimirum vnus non dominus, & qui rem bona fide (ponamus enim ita) tenet, vnum tantum jus in re habet, cujus effectus eſt vſucapio per continuationem temporis, cum ceteris, quæ poſſeſſionem bonæ fidei conſequuntur: itaque totum hoc jus quod habet, vendendo, priori traditione transfert in accipientem, vt nihil habeat quod amplius in ſecundum conferre poſſit: & proinde illum in Publiciana cõuenit eſſe potiorem. Eodem modo vnus non dominus, obligando rem Titio priori, omne jus in eum confert, quod & dominus verus in creditorem transferret, quantum ſcilicet per obligationem & nexum pignoris ſolet & debet ex ratione juris transferri: vt & hunc potiorem eſſe oporteat. At vbi duo non domini duobus rem vendiderunt & tradiderunt, cum par proponatur eſſe vtriuſque jus, certe jus vnius ab altero non dependeat, conſequitur, vt & æquale ſit jus vtriuſque accipientis, nec alter altero ſe potiorem prætendere poſſit in Publicana, & ob id poſſidentis conditio ſit melior. Quæ eadem ratio eſt in re, quam non domini diuerſis pignori obligarunt: vt & hic potior ſit qui poſſidet, iuxta *d. l. 14. Qui potiores.* Atquæ ita, vbi inter illos duos controuerſia eſt. Si enim neutro illorum poſſidente quæratur de actione mouenda contra tertium, defendi tunc poteſt, eum potiorem & ei potius Seruianam dandã eſſe, cui prius res tradita fuit; quod in quæſtione de Publiciana ſtatuũt Dd. & pro conciliandis textibus ad iſtum caſum referunt *l. ſi ea res.* 31. §. *vlt. de act. empt.* idemque in Seruiana obtinere cenſent. *Acc. Bart. & ceteri in d. l.* 9. §. 4. *de publ. act. & in d. l.* 14. *Qui potiores.* Quę & nos late contra nugas & impudentiam Fabri adſeruimus *Tract. de action. th. 22. diſp. 3. & in exercitationibus noſtris ad decadem* 87. *cap.* 7. 8. *&* 9. Aut an quis exiſtimauerit, in terminis his, quibus duo non domini diuerſis rem eandem pignori dederunt, ſi tertius rem poſſideat, potiorem fore cauſam occupantis, iuxta ea quæ diximus ſupra in caſu, quo vter vtro prior ſit, non conſtat.

CAPVT

Digitized by Google

Capvt V.

Ampliatio regulæ in ſpeciebus pignorum ſeu hypothecarum.

1. *Ad l. 2. D. Qui potiores.*
2. *Ad l. 2. C. de pignorib.*
3. *De re qua ſub lege hypothecæ translata eſt ad alterum ad l. 1. & 2. de reb. cor qui ſub tut.*
5. *Opinio Dd. confutata.*

PRocedit regula, Quod prior tempore potior ſit jure, etiam in hypotheca generali concurrente cum ſpeciali: ita vt qui prius accepit hypothecam generalem, potior ſit his, qui acceperunt pignori ſingulas res, & in his quoque præferatur: quoniam vt Dd. ajunt generalis oratio complectitur ſingulas ſpecies ſermonis compendio: & probauimus ſupra *lib.* 1. quod hypotheca generalis afficiat res ſingulas non minus, ac ſi earum ſpecialis mentio facta fuiſſet: & aliter ſtatuentibus, generalis hypothecę vis nullo negotio eluderetur. Et, ſi vnam rem ſingularem excipias, & in ea ſecundum facias potiorem, eadẽ ratione & ceteras omnes exceperis: cum ratio hic nulla dari poſſit, ob quam magis hæc quam illa excepta debeat intelligi: ſi modo ex numero earum res ſingularis ſit, quæ continentur in obligatione generali: ſecus enim eſt in his, quæ poſſunt ſpecialiter obligari, nec continentur tamen obligatione generali, quarum mentio habetur in *l. 6. cum ſeqq. de pignorib.* Itaque ſi cui in ſpecie obligata fuerit vna aliqua ex iſtis rebus, poſtquam alteri bona obligata in genere fuerunt, hic in pignore iſtius rei non tam potior erit aut prior, quam ſolus, quia in generali hypotheca ea res non eſt comprehenſa. Atque ad hanc rem pertinet *l. 2. D. qui pot.* vbi dicitur, quod qui prius bona omnia accepit pignori aut hypothecæ, potior ſit in rebus obligatis poſtea in ſpecie, licet ex bonis alijs quæ debitor habet, redigere pecuniam poſſit: quod tum fiat per venditionem rerum obligatarum, conſequenter prior, qui generalem hypothecam habet, diſtrahere poterit res, alij in ſpecie obligatas, vtcunque alias res debitor habeat, alijs non obligatas, ex quarum diſtractione, creditor poſſit conficere & habere

Digitized by Google

habere, quod ſibi debetur. Facit hoc vis & poteſtas generalis hypothecæ, & prioritas temporis: nec jus quæſitum creditori per hypothecam ſpecialem poſteriorem auferri ei poteſt. Procedit hoc & amplius, etiamſi generali hypothecæ adjuncta ſit ſpecialis, vt in rebus alijs, quæ alteri obligatæ ſunt ſpecialiter, nihilominus ille jus ſuum pignoris, vigore generalis hypothecæ exerceri poſſit ex *leg. 2. C. de pignorib.* Sed ita vt appareat ex illo ipſo textu, ſententiam eam eſſe 2
ſummi juris, aliud autem æquitatem ſuadere: vt videlicet in ſpecialiter obligatis rebus, prius exerceat creditor jus pignoris, quæ ſi ſufficiant, non debeant porrigi manus ad res quæ alteri obligatæ ſunt ſpecialiter: Hoc enim volunt Impp. dum aiunt. 1. Priorem habere æquale jus in omnibus, ſummo nimirum jure, vt diximus. 2. temperandam eſſe juriſdictionẽ; quę verba denotant, à magiſtratu, qui jus dicit, ęquitatem adhibendam eſſe, qui actionem Seruianã deneget, in res, quæ in ſpecie alteri ſunt obligatæ, maxime (qui & caſus eſt *d. l. 2.*) ſi eas ſecundus creditor poſſideat. Res eas, inquiunt Impp. interim tibi pręſes prouincię auferri non jubebit, id eſt, in has res actionẽ Seruianam non dabit. Et ratio diuerſitatis inter hos caſus, ſi ſola ſit hypotheca generalis, &, ſi habeat adjunctam ſpecialem, hæc non inepta adferri poteſt: quod in priori caſu nihil eſt, in quod poti' dirigatur actio hypothecaria: quoniã hypotheca alteri poſtea conceſſa, nõ magis alteri priori nocere poteſt, quam ſi res in ſpecie vni obligata, poſtmodum alteri obligata fuiſſet. At verò vbi aliquę res in ſpecie priori ſunt obligatę, eas potius creditor Seruiana actione perſequi & vendere debet: quoniam qui duplicem hypothecam accipit generalẽ & ſpecialem, hoc ipſum agere videtur, vt illa ſit ſubſidiaria. Videtur, inquã hoc, ſed tacite agere; quomodo Impp. in *d. l. 2. C. de pign.* eam conuentionem benigne acceperunt & interpretati ſunt: aliâs enim ſi ita expreſſe cum debitore contractum fuiſſet, ipſo mero jure ante excuſſam hypothecam ſpecialem, ad alias res iri non poſſet, nec hic opus eſſet temperatione juriſdictionis. Et igitur contra *d. l. 2. C. de pignoribus.* nõ pugnat *l. 2. D. Qui potior.* quoniam in pr. loquitur de caſu, quando hypotheca generalis eſt ſola. Sed in *d. l. 2. C. de pign.* tractatur de caſu, quo cum ea concurrit ſpecilis. Deinde amplius *d. l. 2. Qui pot.* non pugnat, in *vers. Quod ſi ea.* vbi dicitur, ſecundum non tam potiorem, quam potius eſſe ſolum: quoniam eſt ille caſus, vbi expreſſe, hypothecæ ſpeciali, generalis adjecta in ſubſidium fuit, ſi bona ſpeciatim obligata non ſufficerent. Et perſiſto enim in ſenten-

Digitized by Google

in qua JCtus in his terminis, quibus pecuniam Accepturus quaſdam res pignori obligauerat, (id enim per deſtinationem ibi intelligitur, & ita loquitur JCtus intuitu contractus principalis, q in futurum collatus eſt, & ab arbitrio alterius pendet, quo reſpectu & effectu inſpecto, nõ tam res vere obligata, quam deſtinata pignori eſſe videtur) reſpondet, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata eſt: vt videl. inferat (quæ illius loci principalis quæſtio eſt) ſi quæ res ex deſtinatis pignori, alienatæ fuerint, eas ſine onere pignoris ad emptorem tranſire, & res, jam anteq̃ pecunia numeraretur, venditas, poſt numerata ea in obligatione non eſſe, vtcunq; pignori jam ante obligatæ, aut potius deſtinatæ fuiſſent: & vt in *f.d.l.pen.* JC. ait, quas res adhuc numerationis tempore in bonis debitor habuerit, eæ pignori tenentur. Et hinc v. infertur ad noſtram materiam, ſi ante numerationem res alteri fuerint obligatę, hunc eſſe priorem & potiorem ex ſæpe dicta ratione, quia in poteſtate fuit ejus, q res pignori dedit, vel potius deſtinauit, pecuniam accipere vel nõ. Aliud hic addendum eſt exemplum ejus conditionis, quæ in poteſtate debitoris nõ eſt:
4 ex *d.l.qui balneum.§.ſed et ſi 2. Qui potior.* Heres pro legatis quę ſub conditione caſuali relicta erant, pignori res quaſdam legatario obligauerat, & eaſdẽ, anteq̃ cõditio exiſteret, pignori dederat Sempronio, poſtea exſiſtente conditione, legatarium potiorẽ eſſe reſpondetur. Quod ſupra dictæ doctrinæ conuenit; & ideo notandum eſt, quoniam per hũc textum refutatur opinio Interpp. quos refert & ſequitur *Neguz. p.5. memb.2. ampliat. 16. verſ. ſed licet* qua exiſtimant, ſi hæres bona, quæ ex conſtitutione Iuſtin. *in l.1. C. comm. de legat.* legatarijs obligata ſunt, pendente conditione, ſub qua aliquid relictum eſt, alienauerit, conditione licet poſtea exiſtente, legatarium ea vindicare jure pignoris non poſſe. Quod ſi ita eſſet, neceſſariò ſequeretur, ante exſiſtentem conditionem, pignoris obligationem reb⁹ teſtatoris nõ inhæſiſſe; & ꝙ non tempus legati aut mortis teſtatoris, ſed exſiſtentis conditionis ſit inſpiciendum. Porrò ſi pignoris obligatio nunc in hæſit rebus, anteq̃ conditio exſiſteret, & res antè ſine onere, potuerũt obligari, rurſus neceſſariò ſequitur, ꝙ eædem res potuerint libere alteri interim obligari, ita vt ille quantumuis conditione poſtea exſiſtente, legatario ſit futurus potior. Hoc vero perſpicuè falſum eſſe probaẗ tum ex hactenus dictis, ſiquidem in heredis poteſtate non eſt, an ſit debitor nec ne, & an conditio exſiſtat, nec notum ex *d.l.9.§.2. Qui potiores.* Nihil enim hactenus intereſt,

intereſt, an expreſſe res ab hærede, an tacite à Lege ſint obligatæ. Et conſequenter igitur falſum eſt, ꝙ res obligatæ à Lege poſſint interim liberè & ſine onere alienari, & ita facto hæredis cum injuria legatarij eximi hypothecæ legali. Vtitur Neguz. hac vnica ratione, ꝙ conditio legatorum non retrotrahitur: hinc fortaſſis, ꝙ legatario ante exiſtentiam conditionis mortuo, legatum deficit, nec ad hæredes ejus tranſmittitur. Verum 1. ſi non fit retrotractio quo ad tranſmiſſionem, non proinde nullo modo & quo ad nullum effectum fieri tranſmiſſionem conſequitur. Deinde vitioſè infertur: non fit retrotractio conditionis in legatis, Ergo res ꝑ legatis oppignorata ante exſiſtentem conditionem, liberè alienari aut obligari alij poteſt. Etenim licet in *l. potior.* 11. §. 1. *Qui pot.* etjam retrotractionis mentio fiat, tñ, vt ex præmiſſis appatet, JCti in hoc queſtionis & deciſionis iſtius fundamentum collocāt, ꝙ in poteſtate debitoris eſt, vel non eſt, an obligetur. Atquin in terminis iſtis, ſi conditio caſualis legato adſcripta eſt, nō eſt in poteſtate hæredis, an obligatus ſit nec ne: Et ſupra in pr. cap. probauimus, ꝙ etjam in die certo, qui non retrotrahitur, idem obtineat; Et igitur cum JCtis reſpondebimus, obligationem pignoris rebus efficaciter inhærere eo tempore, quo pignus conſtitutum eſt, ſiue expreſſe ſiue tacite, ita vt exinde res liberè nec alienari nec alij obligari poſſit, & conditio exiſtens faciat, vt legatarius quocunq; alio, q pendente conditione pign⁹ accepit, potior ſit, & rem quoq; interim alienatā ꝑ Seruianā actionē à quocunq; poſſeſſore vindicare poſſit. Et hāc ſententiam veriſſimā eſſe non dubito, ꝑ qua facit, ꝙ ipſe *Neguz. d. part. 5. memb. 2. ampliat. 15.* differētiæ rationem, inter vtrumq; caſum, quo in poteſtate debitoris eſt vel nō eſt, an obligetur, ex Dd. hāc reddit, ꝙ vbi pendet à voluntate partis & alterutrius, an ſit obligatus, non ſit tam contractus verus, q̃ potius nudus de contrahendo tractatus: ꝙ veriſſime dicit, & ex ſupra citatis textibus probat. Et hinc etjam pōt ſumi ratio decidendi *ad l. pot.* 11. §. 6
2. *Qui pot.* vbi ꝓponuntur obligata, quæ quis in fundum conductum inuecturus illaturus eſſet: & reſpondet JCtus Locatore eum fore potiorem, cui res illæ anteq̃ fuiſſent inuectæ, pure fuerunt obligatæ. Fuit n. in poteſtate debitoris, an res inferret, nec ne: & tanto magis id procedit, ꝙ in *d. l.* 11. §. 2. non proponitur hypotheca determinata ad res certas, ſed quaſi generalis & certe indefinita ſuper inferendis: quam q̃ non dubitat im idem reſpondere, vtcunque de rebus certis inferendis conuentum fuerit: tum ex ratione jam dicta: nec n. ob id potuit cogi

conductor vt res eas inferret: tum ex ea quę in *d.* §. 2. proponitur, quod iſta hypotheca non naſcatur ex conuentione, ſed ex facto ſecuto illationis, & proinde eum, qui res eas antequam inferrentur, quæ eſt ſola hypothecæ cauſa, pignori accepit, potiorem eſſe oportet. Equidem non eſt in poteſtate debitoris, quo minus obligetur ex conducti one quæ pure contracta proponitur; & nudo conſenſu conſtituitur: ſed diuerſa & diſtincta à contractu principali eſt pignoris obligatio: & ratio illa, an in debitoris ſit poteſtate &c. non ad contractum principalem ſolumodo, ſed etjam & non minus ad hypothecam & ſuper ea initam conuentionem pertinet: cum non alio caſu ratio ea concludat, quam quo propter contractum hypotheca obligatur, & ipſa obligatio principalis cum acceſſoria in poteſtate debitoris non eſt. Vbi enim hoc ſolum etjam in poteſtate debitoris eſt, an res ſit hypothecæ obligata nec ne, quia contractus principalis ſine hypotheca eſſe poteſt, eadem ratio militat, vt ille potior ſit, cui res purè obligata fuit, eo cui res quaſi tantum pignori fuit deſtinata, vtcunque obligatio principalis efficax ſit, & non amplius pendeat à voluntate debitoris: Et cū de obligatione hîc pignoris tractemus, & quis in eo jus poti⁹ habeat, tanto magis in quæſtione hac, attendendum videtur, an in poteſtate debitoris ſit, vt res ſit pignori, vel non ſit obligata. Et hæc quidem ad hanc quæſtionem ſufficiant. Fruſtra aūt hic à quibuſdam affertur *cap. ſi pro te ext. de reſcript. in VI.* ex quo videtur poſterior potior eſſe, licet in poteſtate prioris non ſit, an id fieret nec ne, de quo ibi tractatur. Sunt n. caſus omnino diuerſi, & Papa pleniſſimam poteſtatem habet concedendi beneficia, qui etjam per conceſſionem poſteriorem purè factam, priorem conditionatam reuocaſſe intelligitur: & qui liberè poterat inhibere illis, qui jus eligendi habebant, ne in priorem beneficium conferrent.

Capvt III.

1. *Ad l. 12. §. 5. Qui pot.*

PRioritas iſta, de qua diximus reſtringitur ad contractum ſuper quo pignus prius acceptum eſt, non autem porrigitur ad alios contractus, qui ſub eodem licet pignore, ſed poſt alios, quibus eadem res pignori data fuit, initi & celebrati fuerunt. Et potuit eſſe dubitandi ratio, ꝙ videbãtur duo cõtractus, cum eodem & ſup eodē pignore initi, conjun-

jungendi eſſe, vt poſterior ad priorem aut viceuerſa, quo ad jus prioritatis traheretur. Sed in contrarium aperta eſt decidendi ratio, quod illi ſunt ſeparati cõtractus, Eſt iſta deciſio in *l. creditor.* 12. §. *ſi idem* 3. *Qui pot.* Titi⁹ hodie Mæuio contrahit, & Stichum ſeruum accipit pignori: cras idem pignus obligatur Sempronio: perinde Titius ſub eadem hypotheca, mutuum dat Mæuio: Titius quo ad primũ contractum Sempronio prior, ſed quo ad ſecundum, poſterior eſt. Si, inquit JCt⁹, idem bis crediderit eidem, ante & poſt Sempronium, in priore pecunia potior & prim⁹, in ſecunda, poſterior & tertius eſt. Idem tractatur & deciditur in eadem *l.* 12. §. *Papin.* 5. (aliàs eſt initium nouæ Legis) *Qui pot.* 1
Titius credidit Mæuio centũ ſub pignore fundi Tuſculani, mox idem debitor acceptis à Sempronio quadraginta, eundem fundum ei obligauit, tum acceptis à priori creditore Titio alijs centum, & p nouationem in vnam ſummam vtroq; debito contracto, rurſus eundem fundum Titio obligauit. Quæritur, quid juris Titius & Sempronius habeant in fundo. Et reſpondet JCt⁹, poſſe quidem Titium (ceſſante debitore) totum fundum vendere, ſed ita, vt priori tantum contractu creditam pecuniam expenſam ferat, non verò etjam alteram eam, q̃ ſecundo loco & poſt Sempronium credidit; atq; ita pretium ex venditione fundi redactum, vel ex pretio Titius tantum quantum ſatis eſt, in primam ſummam imputabit, reſiduum autem & quod ſupereſt, vt eſt in *f. d.* §. reſtituet ſecundo, & nimirum Sempronio, qui Titio quo ad ſecundam ab eo datam pecuniam, potior eſt. Itaq; ſi pretium quo res vendita eſt, conficiat C X L. centum tantum ſibi retinebit Titius, reliqua XL, Sempronio tenebitur reſtituere. Ratio dubitandi eſſe poteſt: Quod cum nouatione facta, vtraq; pecunia prior & poſterior, in vnam ſummam fuerit redacta, nõ videatur cõmode ſeparatio ita inſtitui poſſe, vt in vna parte prior, in altera poſterior Titius habeatur. Ratio aũt decidendi eſt: quoniam, vt *lib. ſeq.* pluribus dicemus, ſum̃o jure nouatione facta, Titius jus prioritatis, etjam quo ad pecuniam prius creditam amiſerat, quia p nouationem pignora liberantur *l. nouatione* 18. *de nouat.* Sed æquitatis intuitu receptum fuit, vt nouatione facta, & repetitis pignorib⁹ ijſdem jus prioritatis maneret ſaluum creditori, hoc colore, quaſi in locum ſuiipſius & ſibi ipſi ſuccedere videretur: vt eſt in *d. l.* 12. §. 5. *junct. l.* 3. *eod.* Hoc, cum æquitas ſuaſiſſet, non fuit extendendum ad pecuniam ſecundam, cum injuria creditoris alterius, qui ante pecuniam dedit & pignus accepit: & ſatis eſt, ſi nõ obeſt creditori

nouatio in pecunia primùm credita, & quo ad hãc ſalua ei manet prioritas: & quod in locum ſuum ſuccedere dicitur creditor, nec debet nec poteſt aliter intelligi, niſi quo ad pignoris jus, quod habuit ante nouationem, vt hoc ipſi integrum conſeruetur, non autem, vt in pecunia poſtea credita, idem conſequatur. Qua autem actione pecuniam reſiduam ex venditione pignorjs redactam, creditor ſecundus conſequi poſſit, an in factum actio, an hypothecaria vtilis ei competat, tractauimus *lib. præc.* in materia Seruianæ actionis. Quoniam igitur juxta *d. l. 12. §. 5. Qui potiores.* creditor ille primus, qui vendidit pignus, tantum pecuniam quam primo credidit, poteſt ſibi retinere, & quod ſupereſt creditori ſecundo Sempronio reſtituere tenetur, fit hinc, vt Sempronius, vt confirmet jus ſuum, & vt in re tota potior ſit, non teneatur Titio offerre omnem pecuniam quam credidit, ſed tantum eam quam credidit priori loco: quoniam quo ad hanc quoque tantum, prior, in reliqua poſterior eſt: quod traditur in *l. quærebatur. 20. D. Qui potiores*, vbi ſecundus creditor prior & potior dicitur eſſe in hyperocha (vt recte Florentinus codex, male autem vulgatus, *hypotheca*) Ita enim ſolebant debitores, qui jam rem obligauerant, ne incurrerent crimen ſtellionatus, ſibi cauere, vt profiterentur ſe rem obligare, quanti ea pluris eſſet, juxta *l. & quæ. 15. §. vlt. de pignorib.* Atque ita res ſe habet in debito plane nouo, quod creditor primus poſtea contraxit: ſecus ſi ſit debitum acceſſorium & quod à primo deſcendat aut dependeat, veluti vſurarum: nam quo ad has primus debitor potior & prior ſecundo eſt, & manet *d. l. 20. in fin.* & plenius docetur in *l. Lucius 18. eod. tit.* vbi inepta eſt Accurſij objectio, quod vti debitor facere poteſt, ne debeat, non habeat creditor jus prioritatis: poſſit autem debitor ſoluendo ſortem, facere, ne debeat uſuras. Etenim ridicule hæc regula & LL. adcommodãtur, quæ de longe alia facultate loquuntur: ceteroquin ſolutione omnis obligatio & omne debitum perimitur.

CAPVT

CAPVT IV.

Amplius de Regula, quod prior tempore, ſit potior jure.

1. *Prior eſt, qui licet nude conuenit de pignore.*
2. *Itemque prior eſt, licet non conuenerit de vendendo.*
3. *Item licet à non domino prior pignus acceperit.*
4. *Ad l. 14. Qui potiores.*

TRes ampliationes, (ita enim appellari poſſunt) hujus regulæ dabimus hoc capite. Prima eſt, procedere eam, licet nude conuentum de hypotheca cum Titio, & poſt eadem res Sempronio tradita fuerit: nihilominus enim Titius præfertur Sempronio & ceſſante debitore inſtituta actione Seruiana pignoratam rem, Sempronio auferre & vendere poteſt: textus eſt in *l. creditor. 12.* (alias *l. ſi prior*) *§. vlt. in fin. & in l. 14. qui pot.* Et ratio hujus rei peremtoria eſt: quod iuxta ſupra tractata, conuentio ſola & nuda citra rei traditionem, poteſtate Edicti prætoris, afficit rem, & jus in re parit creditori. Et traditio rei pignoratæ quomodo conſtituitur contractus realis, proprios ſuos effectus, inprimis quo ad actiones perſonales, pignoratitiam, directam & contrariam, habet; Sed nihil prærogatiuæ tribuit quo ad jus prioritatis aut mouendam præ ceteris actionem hypothecariam: niſi hactenus, vt lib. 3. diximus, quod cui res tradita fuit amiſſa poſſeſſione poteſt cõuenire ſtatim rei detentatores, nec ei objici poteſt excuſationis exceptio: Et huc referri poteſt, quod Iuſtinianus ait *in §. Item Seruiana Inſt. de actio.* quod quo ad actionem hypothecariam inter pignus & hypothecam nihil interſit. Quam [illegible] diuerſum obtinet in venditione & alijs contractibus, ex quibus non jus in re, ſed tantum perſonalis actio adquiritur: Ex quo ſit, vt ſecundus venditor cui res tradita eſt, potior ſit eo, cui res prius tantum vendita fuit, qua de re tractatur in *l. quoties. 25. Cod. de rei vindicat.* Altera ampliatio 2
eſt, quod prior ſit & potior, qui prius de hypotheca conuenit [illegible] non adjectum ſit, vt ei rem vendere liceret. [illegible]
lib. prac. circa effectum tertium. [illegible]

non omnino deficere hic omnem rationem dubitandi: & vtique non indignum hoc cenſuit reſponſo ſuo Papinianus (ſiue Marcianus) *in l. creditor* 12. (aliàs eſt *l. ſi prior.*) *§. vlt. qui potior.* Ratio videtur ſolida eſſe, quod pignori jus vendendi ineſt, etjam ſi nihil de eo ſit actum, per ea quæ *d. loco* diſputauimus. Sed JCtus in *d. §. vlt.* alia vtitur ratione & hac nimirum, quod potior ſit, qui tantum conuenit nudè ſuper pignore, licet alteri tradita poſtea res fuerit: quæ ſane comparatio & illatio paulo remotior & obſcurior videtur. An ea ratione hoc infertur, quod qui permittit vendere, hoc ipſo permiſiſſe quoque cenſetur, vt poſſeſſionem adprehendere liceat? quæ in altero caſu transfertur per traditionem: an potius ſimpliciter hoc voluit ſignificare JCtus, quod ſola conuentio de pignore, ex tempore jus prius & potius tribuat, etjamſi nec de vendendo pignore quidquam cautum nec poſſeſſio rei
3 pignoratæ fuerit in creditorem translata. Tertia ampliatio eſt, vt procedat regula, etjamſi non dominus rem pluribus diuerſo tempore obligauerit: nam & hic potior eſt, qui rem prius hypothecæ accepit. Intelligimus autem hic eum non dominum qui bona fide poſſidet rem tamquam ſuam, & alteri itidem bona fide agenti, rem obligat, ceteroquin obligatio pignoris non conſtituetur. Et ratio hujus ampliationis eſt perſpicua, quod prætor tuetur hoc pignus & hūc creditorem, per quaſi Seruianam non minus, quam ipſum debitorem
4 per actionem Publicianam tuetur *l. ſi ab eo.* 18. *de pignorib.* Et eſt textus in *l. ſi non dominus.* 14. *qui potiores.* quæ tractat de non domino: non quod aliud ſit in domino, quod non niſi inepte quis inde inferat: ſed quod vt ex ſeqq. in *d. l.* 14. apparet, aliud eſt, ſi vnus non dominus duobus rem pignori obligaverit: aliud ſi duo non domini id fecerint: Et tota hæc noſtra tractatio eſt de vno eodemque debitore, qui pluribus vel duobus rem obligavit: ſed ad explicationem *d. l.* 14. differentiæ ratio paucis attingenda eſt: Nimirum, quæ ratio eſt Publicianæ, eadem eſt Seruianæ *d. l.* 18. *de pign.* Atquin vbi vnus non dominus rem vendidit duobus, ille potior eſt in Publiciana cui prius res tradita fuit: vbi autem duo non domini vendiderunt, ille potior eſt, qui poſſidet *l. ſiue autem.* 9. *§. ſi duobus.* 4. *de Public.* Ergo ad eundem modum in Seruiana actione mouenda, ſi vnus non dominus duobus rem obligauit, ille potior eſt cui prius res obligata fuit (conuentio enim pignoris inducit jus in re, & hactenus tantum operatur quantum traditio ex cauſa venditionis) ſin duo non domini eandem rem diuerſis obligauerint,

poſſiden-

Poſſidentis cauſa potior eſt, vt in terminis reſponſum eſt in *dict. l. 24. qui pot.* Et vtriuſq; deciſionis eadē eſt ratio: quod nimirum vnus non dominus, & qui rem bona fide (ponamus enim ita) tenet, vnum tantum jus in re habet, cujus effectus eſt vſucapio per continuationem temporis, cum ceteris, quæ poſſeſſionem bonæ fidei conſequuntur: itaque totum hoc jus quod habet, vendendo, priori traditione transfert in accipientem, vt nihil habeat quod amplius in ſecundum conferre poſſit: & proinde illum in Publiciana cōuenit eſſe potiorem. Eodem modo vnus non dominus, obligando rem Titio priori, omne jus in eum confert, quod & dominus verus in creditorem transferret, quantum ſcilicet per obligationem & nexum pignoris ſolet & debet ex ratione juris transferri: vt & hunc potiorem eſſe oporteat. At vbi duo non domini duobus rem vendiderunt & tradiderunt, cum par proponatur eſſe vtriuſque jus, certe jus vnius ab altero non dependeat, conſequitur, vt & æquale ſit jus vtriuſque accipientis, nec alter altero ſe potiorem prætendere poſſit in Publicana, & ob id poſſidentis conditio ſit melior. Quæ eadem ratio eſt in re, quam non domini diuerſis pignori obligarunt: vt & hic potior ſit qui poſſidet, iuxta *d. l. 14. Qui potiores.* Atquæ ita, vbi inter illos duos controuerſia eſt. Si enim neutro illorum poſſidente quæratur de actione mouenda contra tertium, defendi tunc poteſt, eum potiorem & ei potius Seruianam dandā eſſe, cui prius res tradita fuit; quod in quæſtione de Publiciana ſtatuūt Dd. & pro conciliandis textibus ad iſtum caſum referunt *l. ſi ea res. 31. §. vlt. de act. empt.* idemque in Seruiana obtinere cenſent. *Acc. Bart. & ceteri in d. l. 9. §. 4. de publ. act. & in d. l. 14. Qui potiores.* Quę & nos late contra nugas & impudentiam Fabri adſeruimus *Tract. de action. th. 22. diſp. 3. & in exercitationibus noſtris ad decadem* 87. *cap.* 7. 8. *&* 9. Aut an quis exiſtimauerit, in terminis his, quibus duo non domini diuerſis rem eandem pignori dederunt, ſi tertius rem poſſideat, potiorem fore cauſam occupantis, iuxta ea quæ diximus ſupra in caſu, quo vteruтro prior ſit, non conſtat.

CAPVT

Digitized by Google

habere, quod ſibi debetur. Facit hoc vis & poteſtas generalis hypothecæ, & prioritas temporis: nec jus quæſitum creditori per hypothecam ſpecialem poſteriorem auferri ei poteſt. Procedit hoc & amplius, etiamſi generali hypothecæ adjuncta ſit ſpecialis, vt in rebus alijs, quæ alteri obligatæ ſunt ſpecialiter, nihilominus ille jus ſuum pignoris, vigore generalis hypothecæ exerceri poſſit ex *leg. 2. C. de pignorib.* Sed ita vt appareat ex illo ipſo textu, ſententiam eam eſſe 2
ſummi juris, aliud autem æquitatem ſuadere: vt videlicet in ſpecialiter obligatis rebus, prius exerceat creditor jus pignoris, quæ ſi ſufficiant, non debeant porrigi manus ad res quæ alteri obligatæ ſunt ſpecialiter: Hoc enim volunt Impp. dum aiunt. 1. Priorem habere æquale jus in omnibus, ſummo nimirum jure, vt diximus. 2. temperandam eſſe juriſdictioné; quę verba denotant, à magiſtratu, qui jus dicit, ęquitatem adhibendam eſſe, qui actionem Seruianã deneget, in res, quæ in ſpecie alteri ſunt obligatæ, maxime (qui & caſus eſt *d. l. 2.*) ſi eas ſecundus creditor poſſideat. Res eas, inquiunt Impp. interim tibi pręſes prouincię auferri non jubebit, id eſt, in has res actioné Seruianam non dabit. Et ratio diuerſitatis inter hos caſus, ſi ſola ſit hypotheca generalis, &, ſi habeat adjunctam ſpecialem, hæc non inepta adferri poteſt: quod in priori caſu nihil eſt, in ꝙ potiꝰ dirigatur actio hypothecaria: quoniã hypotheca alteri poſtea conceſſa, nõ magis alteri priori nocere poteſt, quam ſi res in ſpecie vni obligata, poſtmodum alteri obligata fuiſſet. At verò vbi aliquę res in ſpecie priori ſunt obligatę, eas potius creditor Seruiana actione perſequi & vendere debet: quoniam qui duplicem hypothecam accipit generalé & ſpecialem, hoc ipſum agere videtur, vt illa ſit ſubſidiaria. Videtur, inquã hoc, ſed tacite agere; quomodo Impp. in *d. l. 2. C. de pign.* eam conuentionem benigne acceperunt & interpretati ſunt: aliâs enim ſi ita expreſſe cum debitore contractum fuiſſet, ipſo mero jure ante excuſſam hypothecam ſpecialem, ad alias res iri non poſſet, nec hic opus eſſet temperatione juriſdictionis. Et igitur contra *d. l. 2. C. de pignoribus.* nõ pugnat *l. 2. D. Qui potior.* quoniam in pr. loquitur de caſu, quando hypotheca generalis eſt ſola. Sed in *d. l. 2. C. de pign.* tractatur de caſu, quo cum ea concurrit ſpecilis. Deinde amplius *d. l. 2. Qui pot.* non pugnat, in *vers. Quod ſi ea.* vbi dicitur, ſecundum non tam potiorem, quam potius eſſe ſolum: quoniam eſt ille caſus, vbi expreſſe, hypothecæ ſpeciali, generalis adjecta in ſubſidium fuit, ſi bona ſpeciatim obligata non ſufficerent. Et perſiſto enim in ſententia,

Google

tia, quam ad *Treutl. de pign.* defendi, & ſequor lectionem *d. l. 2.* Cujacij, *ſi pecunia de his quæ ſpecialiter* (Florentina habet, *generaliter*) *accepit* &c. quam lectionem, & Ruſſardus annotauit, & in textum recepit Haloander. Ita enim habemus caſum hypothecæ generalis expreſſa pactione in ſubſidium adjectæ: Nugatur autem *Faber 6. conject.* 13. vbi pro *cetera bona* ſubſtituit, *certa bona*. Etenim rationis eſt, vt ſpeciali hypothecæ potius in ſubſidium adijciatur generalis, quam vice verſa, quod ex lectione Fabri efficitur. Deinde explicatio iſta & caſus quem Fabri corruptio efficit, non conuenit menti JCti, qui vtique caſum illum ſecundum in *verſ. quod ſi ea.* connectit & comparat cum caſu illo qui eſt in *pr. leg.* vt omnino appareat, eum duas ſpecies hypothecæ generalis proponere voluiſſe: alteram, cujus vi creditor præferretur ſecundo qui accepit ſpecialem, & quæ ſcilicet eſt hypotheca generalis ſimplex ſola in *pr. dict. leg.* 2. alteram, cujus vi creditor, qui eam accepit, non præfertur ſecundo; quæ hypotheca generalis conjuncta cum ſpeciali eſt, & conditionata, ſi ex ſpeciali debitum redigi non poſſit: eamq; conjunctionem & quaſi oppoſitionem, arguunt verba *Quod ſi ea &c.* quæ relationem habent ad caſum primum, & efficiunt, vt verba *cetera bona.* ſint omnino explicanda de vniuerſis bonis, quorum obligatio conſtituit hypothecam generalem. Et nimirum vi hypothecæ generalis præfertur creditor habenti hypothecam ſpecialem. juxta *pr. l.* niſi ita concepta ſit hypotheca generalis, vt proponitur in *verſ. Quod ſi ea.* Quæ mihi omnino ſententia videtur eſſe JCti. Et cũ lectionem, quam tueor, *ſpecialiter* quædam Editiones agnoſcant, merito ea nugis Fabri præferenda eſt. Ceteroquin ſi iſta me non mouerent, ita potius explicarem textum, ſecundum alteram lectionem *generaliter*, vt *per cetera bona* intelligantur quædam res ſingulares, quæ à generali hypotheca initio fuerunt exceptæ, ſed poſtea ſub ea conditione, ſi generalis hypotheca non ſufficiat, in ſubſidium ſunt obligatæ, quæ videtur eſſe explicatio *Baldi in d. l. 2.* cui ſane injuriã facit Gothof. dum ait eum legiſſe, *certa bona*, vt nugis Fabri eum faciat adſtipulantem. Eademq; fuit ſententia *Accurſij*, qui ad *d l 2. C. qui potiores.* notat, mutari caſum, & quædam excepta proponit: Quæ ipſa ratio ſufficiens eſt, improbandæ huic explicationi: quoniam pugnat cum illa, quam notauimus vtriuſq; hypothecæ oppoſitione, & conſequenter aliena eſt à mente JCti; adde de hac re *Salicet. in d. l. 2. D. & C. & Negu.* *p. 5. memb.*
3 *2. n. vlt.* Vt redeamus ad id, quod in pr. cap. diximus, creditorem vi generalis

neralis hypothecæ, præferri & in rebus ſingulis, quæ poſtea fuerunt ſpeciatim obligatæ; recipere hoc videtur inſignem limitationem, vt non procedat in re, quæ ſub hac ipſa lege & conditione peruenit ad debitorem (generalis enim hypotheca comprehendit futura) & ſub hac conditione ei tradita eſt, vt tradenti eſſet obligata. Caſus hic eſt. Titius debitor omnia bona ſua obligauit Caio, ſub qua hypotheca bona futura, ſub hac conditione, quando adquiſita fuerint, veniunt. Titius hic debitor, poſtea rem emit à Sempronio, qui vt ſibi de pretio certius cautum eſſet, hac conditione rem tradidit Titio emptori, vt donec pretium ſolueretur, ipſi eſſet hypothecæ obligata. Quæritur, an Cajus vigore generalis hypothecæ in re empta ſit præferendus Sempronio, nec ne: Pro Caio facit hæc ratio, quod res pignori obligari nequeat, niſi ex quo dominium quæſitum eſt debitori, hic autem dum ita conuenit, cum venditore nondum eſt dominus, & vbi per traditionem & poſt eam res debitoris effecta eſt, jam Cajus in cauſa pignoris præueniſſe & præuertiſſe videtur: quod & ratio ſuadet, & probat textus in *l. 1. §. vlt. de rebus eor &c.* Sed iſta quidem ſummi juris ratio eſt, cui repugnat æquitas manifeſta, quæ facit pro venditore, qui rem vſq; dum pretium ſolueretur, retinere jure quaſi pignoris potuiſſet *l. Iulianus. 13. §. offerri. de act. empti.* & qui niſi ſub hac lege rem traditurus non fuiſſet; itaq; cum injuria hic ſibi prioritatem arrogabit Cajus in re, quæ debitoris facta non fuiſſet, niſi hanc legem & conditionem debitor admiſiſſet. Et retorquetur pro venditore contra Cajum textus in *l. 2. de reb. eor qui ſub tut.* quæ quodammodo emendat deciſionem *l. 1.* & defendit hypothecam, quoniam cum dominio quæſitum eſt pignus, & ab initio obligatio inhæſit: & cum ille ipſe qui dominium tranſtulit, legem hanc adiecerit, iniquum ſit eum fructu conventionis ſuæ fraudari, & per rationem nimis ſcrupuloſi juris decipi & circumueniri: & mihi fere placet, quod *A. Fab. ſup. lib. 2.* (vbi de pupillis & minoribus an pignori dare poſſint) relatus, exiſtimat, verba vltima *d. l. 2.* quæ in priuato emptore principem adiri volunt, à Triboniano adiecta eſſe. Hanc autem ſententiam facile admittent Doctores, quos refert & ſequitur *Neguz. p. 4. n. 33. & ſeqq.* & qui plus admittunt, quod nimirum 4 poſſit venditor rem tradens, adijcere pactum hujuſmodi in fauorem creditoris ſecundi, in præjudicium prioris creditoris, qui generalem habet hypothecam. Ego vero hanc ſententiam cenſeo eſſe falſam, quoniam in caſibus non exceptis, ſequimur regulam juris; cui & alias

Digitized by Google

repugnat, vt per pactum creditoris alteri adquiratur obligatio & jus pignoris. Et vtcunque hic præſens ſit, non tamen conuentio aliena ei prodeſſe poſſit, & vt maxime obligatio pignoris teneat ex conſenſu ipſius & debitoris, tamen non poteſt hoc præjudicare creditori anteriori: cum hic ceſſet illa ratio æquitatis, nec creditor alter ſit cauſa, vt dominium adquiratur debitori. Et inepta eſt ratio, qua ſola mouetur Neguz. quod pacta adjecta traditionibus, firma ſint & valida. Etenim 1. id procedit, ſi non fiat præjudicium alteri, cui jam jus eſt quæſitum 2. vt valeant in fauorem tradentis, & ejus commodum: Itaque facit aliquid hæc ratio in caſu priori, quo venditor vt ſibi res obligata eſſet, pactus eſt. Atquin non intereſt venditoris, vt creditori alij hypotheca cum jure prioritatis adquiratur: nec vlla juris aut æquitatis ratio occurrit, quæ faciat, vt per pactionem iſtam generali hypothecæ præjudicetur: & generali & communi jure, pactio vnius alteri non prodeſt: quod jus etjam in materia hypothecarum obtinet *l. ſolutum*. 11. §. *pen. de pign. act.*

CAPVT VI.

De duabus hypothecis generalibus, & poſt quæſitis.

1. *Vt in bonis poſt quæſitis qui generalem priorem habet ſolus ſit potior.*
2. *An creditor anterior, pecuniam ſolutam poſteriori, repetere poſſit?*

SIcut ſpecialis hypotheca ex tempore prefertur poſteriori: itemq; hypotheca generalis, præfertur poſteriori ſpeciali, iuxta ea quæ diximus *cap. prac.* ita & generalis hypotheca præferet᷑ alteri generali poſteriori: idq; in bonis tempore hypothecę generalis prioris exſtantib⁹, itemq; in poſt quęſitis ante ſecundam hypothecā contractam, controuerſum nō eſt, ſed elegantis diſquiſitionis eſt, de bonis poſt vtramq; hypothecā quæſitis, an prior in his omnino potior ſit an ſecundus cū eo concurrat. Equidem ꝙ prior in bonis ēt poſt quæſitis potior ſit in ſolidum, jam olim cenſuerunt *Azo & Iacobus de Aretio*, relati à *gloſſ.* in *l. idemq;* 7. §. *vlt. Qui potior. Cyno. Bart. & Salic. in l. licet. 7. C. eod. &* eā ſentētiā *Cynus & Bart. ib.* probant, & communionē eſſe ait. *Ioh. Koppen. deciſ.* 4. *n.* 6. & 7. vbi tñ ſolū Bart. allegat. Mihi rationi juris magis conuenire videt᷑ ſententia *gl. in d. l.* 7. ꝙ vterq; concurrat: quam & probat. *in d. l.* 7. *C.*

Qui

Qui potiores. Salicetus. Et concurſus hac ratione probatur, ꝙ vtriuſq; obligationis tempore bona ſunt aliena, & adhuc extra dominium debitoris, & vbi adquiruntur, vtriuſq; creditoris conditio par eſt; Et igitur nõ minus ſecundo obligata erunt bona quam priori: & ſimpliciter reſponſum eſt, ꝙ futura veniant in hypotheca generali, ſub hac conditione: Si in debitoris dominium res puenerit, *arg. l. idemq;* 7. §. 1. *Qui pot.* Atquin etjam ſecũdus hypothecam generalem habet, ergo etjam hujus hypothecæ inerit ea conditio, qua poſita, neceſſe eſt cum ea pignore concurrere. Nec vt puto, ſuffecerit, ſi reſpondeas, ineſſe q̃dem conditionem, vt ẽt ſecundo ſit res obligata, ſed eo ordine quem habet hypotheca generalis, vt nimirum ſit obligata, ſed poſt primum creditorem dimiſſum. Etenim hoc ita receptũ eſt in hypothecis ſpecialibꝰ, & in his rebus quæ tempore obligationis ſunt debitoris, nam cum pignus ſimpliciter datum, in ſolidum obligetur, non poteſt fieri, vt poſterior concurrat, ſed neceſſe eſt, vt ei res intelligatur ſub ea cõditione quaſi obligata, ſi priori ſatisfactum fuerit: Quod ſecus ſe habet in rebꝰ quæ tempore obligationis ſunt alienæ, & quæ eo tempore ſunt quæſitę, quo vterq; par jus habet, nec videntur adeo vni poſſe eſſe hypothecatæ in ſolidum. Illud tñ ꝓ creditore primo probabiliter dici poſſit, cum in poſt quæſitis videri hactenus perueniſſe in ſolidum: quoniam eo ipſo tempore, quo hypothecam accepit, de futuris quoque cogitaſſe intelligitur, quæ ſciuit contineri in generali hypotheca (quæ ratio ſi eum etjam expreſſe de futuris conueniſſe ꝓponas, fortior erit) & futurorum quoq; contemplatione pecuniam mutuauit: qua de cauſa conditio, q̃ diximus, in ſolidum videatur retrotrahenda primo ad contractum prioris creditoris q non aliter forte fuiſſet contracturus. Etenim ſæpe bona præſentia pereunt, aut, vt in mercatoribꝰ, in locum eorum alia ſuccedunt: ꝙ cum in conſiderationem habuiſſe primus creditor præſumatur, injuria ei fieri videatur, ſi ipſi, obligatione generali altera vel tertia, in bonis futuris concurrentem debitor adjungere poſſit. Et tñ haud ſcio, an hæc conſideratio ſatis jus primi debitoris in ſolidum tueri poſſit, cum nec poſſit pendere à voluntate creditoris ratio juris, quæ in bonis poſt quæſitis creditori ſecundo æqualiter fauore videt̃, cum nec cuiq̃ injuriam faciat, qui ſuo jure vtitur. Et ſane rationes Aretij & Azonis facile diluuntur, quas cõgeſſit *Cynus in d. l.* 7. *C. Qui pot.* & nimirum tum ꝙ conuentio faciat totum, quæ prior firmat jus prioris creditoris, nõ aũt attendenda ſit dominij adquiſitio: tum ꝙ conditio

Digitized by Google

retrotrahatur ad tempus primę conuentionis. Etenim non video quomodo hoc obtinere poſſimus, vt adquiſitio quę contigit poſt vtramq; obligationem retrotrahatur tantum ad tempus obligationis primæ, cum conditio, *ſi res adquiratur*, inſit vtriq;, vt creditorem vtrumq; hic, aut ſibi obſtare, aut concurrere oporteat. Et ꝙ ad alterum, de conuentione, attinet, ea ſane vim ſuam habet, terminis habilibus poſitis, vbi res jam tempore conuentionis eſt apud debitorem: ſed in re poſt conuentionem adquiſita, & poſtquam & alteri bona omnia fuerunt obligata hypothecæ, eam vim cōuentio habere non poteſt, ſed operatur demum, cum res adquiritur, quo tempore alteri quoq; jus eſt quæſitum: & proinde vt Salicetus ait, jus dominij hic agit potentius, & magis eſt attendendum. Nec ꝓ Azone facit *d. l. licet. 7. C. Qui potior:* ex qua hoc ſaltem probatur, ꝙ ſecundus regulariter & extra *d. l. 7.* caſum potior non ſit, ſed ꝙ prior in ſolidum potior ſit, non probatur, quoniam datur tertium vt vterq; concurrat: ꝓ quo concurſu etjam textus eſt in *d. l. idemq; 7. §. Si tibi. D. Qui potiores:* neq; enim ad rem facit, ꝙ ſecundi hypotheca eſt ſpecialis, nam & res ſingulas hypotheca generalis comprehendit: Et vt dicamus ſimul ibi in genere res omnes, & fundum ſpecialiter obligatum fuiſſe, omnino eſt, vt recte Salicet. ait, diuinatorium. Sed & textus in *l. ſi qui. 28. de jure fiſci*, non multum juuat Azonis opinionem: ex qua à contrario ſenſu hoc rurſus tantum probatur, ꝙ ſecundus non ſit potior, ſed quod non concurrat, non probatur: Et eſt hoc ſpeciale priuilegium fiſci, qui licet alias poſterior ſi ſit, non præferatur priuato prior, ſed imò hic ex tempore præferatur fiſco *l. 8. Qui potiores*, tñ quo ad poſt quæſita, præfertur ei, qui generalem hypothecam habet & ipſe, vt maxime prius contraxerit & conuenerit de hypotheca, anteꝗ fiſco res obligaretur, vt diſerte probat *d. l. 28. de jur. fiſc.* & vitioſa eſt Donelli explicatio, qua in *Tract. de pign.* verbū *contraxerit* ita accipit, quaſi ſignificaret, fiſcum antea contraxiſſe: pugnare aūt, vt hoc obiter addam⁹ cum *d. l. 28. de jure fiſci* videtur *l. vlt. Qui pot.* Secunda conciliatio Accurſij probabilis eſt, ſed & à Dd. cōmuniter recepta, atteſtāte *Neguz. de pign. p. 5. memb. 2. n. 42.* ꝙ *d. l. 28.* tractet de caſu, quo fiſcus cum ſimplici priuato concurrit, qui non niſi prioritatem temporis allegat: at *d. l. vlt.* agat de eo, qui & exigendi priuilegium & tacitam quoq; ex Lege habeat hypothecam, cujuſmodi eſt pupill⁹: nec mirum eſt, ſi Lex potentius operetur, ꝗ̃ conuentio priuati, de qua re & nugis *Fabri 2. conject. 10.* diximus plura ad *Treutl. p. 2. diſp. 24. th. 7. lit. a.* Vt ad noſtram

noſtram quæſtionem redeamus, Cynus producit pro ſententia Azonis textus duos præterea ex *l. in rebus*.30. *C. de jur. dot.*(quæ tñ loquitur de ipſis rebus dotalibus,& nihil ad hanc rem facit) & *l.6* §.*omnibus*.2.*C.de ſec.nupt.*& fatetur Salicet.in *d.l.7. C. de jur. dot. in fin.*ita illis caſibus jus eſſe, ſed reſpondet id introductum ſpeciali fauore liberorum & dotis. Et tñ illud tantum ſpeciale eſſe apparet, quod hypotheca illis data eſt; at verò, quod præferantur creditoribus, non tamq̃ ſpeciale indultum priuilegium,ſed tamq̃ ex jure communi in *d.l.6*.§.2.ꝓponi videtur. Et ſane ſuperiora faciunt, vt videri hæc ſententia poſſit probabilis,quod prior in poſt quæſitis in ſolidum præferatur;à qua nec temere diſcedẽdum erit, cum & *Neguz.*eandem atteſtetur eſſe cõmunem *p.5.m.2.n.39.& ſeqq.*Porrò quoniam de generali hypotheca hucuſq; diximus, & quod ejus vigore creditor prim⁹ ex tempore, in omnib⁹ debitoris bonis potior ſit, eoq; & perſequi & diſtrahere poſſit, videndum eſt, an idem ſit,an ſecus in pecunia numerata:vt nimirum ſi ſoluerit debitor alijs creditoribus,prior creditor repetere poſſit Quod videbatur adfirmandum, quoniam ſub hypotheca generali etjam pecunia numerata comprehenditur per *l.idemq́*, 7.§.*vlt.* *Qui pot.l.pen.*§.*2.de pign.*& facit quod traditum eſt in *l.ex facto.52.*§.*vlt.de pecul.*cautionem exigendam à creditoribus, de reſtituenda pecunia, quia forte filiusfam.habeat creditores priuilegiatos: *junct.l.3.* *Quod cum eo qui in alien.*vbi dicitur ratio habenda creditorum priuilegiatorum. Ego tñ in negantem ſententiam ſum præcliuior, ꝓpter qualitatem & venditionem numerorum & pecuniȩ numeratæ,quæ eſt deſtinata ꝑmutationibus & cõmercijs,quæ turbari neceſſe ſit, & ꝑpetuas eſſe lites, ſi affirmatiua ſententia recipiatur. Et verò ſi ordinariũ jus pignoris ſequamur, & eandem, rationem pecuniæ,& aliarum rerum ſtatuamus, nõ tantum pecuniam q̃ alij creditori debitor ſoluit, (in quibus ferè terminis Dd.tractãt hãc quæſtionem) ſed etjam quæ quomodocunq; à debitore ad alium peruenit, perſequi creditor prior poſſet: ꝙ abſurdiſſimum fuerit,quippe quo admiſſo debitori pene cõmercijs & negotijs interdiceretur. Nec mouet *d. l.52. de pecul.* vel q̃a ex ea non recte infertur ad jus vindicandi pecuniam:vel q̃a ibi videat̃ tractari de caſu quo cõcurrunt creditores, & quo jam forte debitor incipit eſſe non ſoluendo,aut, an ſit,dubitat̃. Vbi n.concurrentibus creditoribus vel ſaltem im̃inentibus dubitat̃, vt dixi, an debitor ſit ſoluendo, jam amplius liberam cui velit,ſoluendi poteſtatem non habet, cum & jam præſumi poſſit fraus: itaq; pecuniam 2

cuniam in his terminis, creditoribus poſterioribus ſolutam, prior creditor aut actione hypothecaria, aut vtcunque eam bona fide creditor conſumpſerit, p condictionem repetet, vt cenſent Dd. Et facit ad hanc rem *l. cum tabernam. 34. de pign.* ex qua merces in taberna ita obligantur hypothecæ vt eas nihilominus libere alienare poſſit debitor, propter naturam & conditionem earum: niſi poſtq̃ cum eſſet debitor in mora, creditor jure ſuo vti incepit, & merces velut præcluſit, quod ipſum bene facit, p ſententia, quam defendo: quoniam ratio facit, vt quod in mercibus ſtatuit, idem & magis obtineat in pecunia numerata. Et huc etjam aliquà referri poteſt *l. vlt. §. 6. C. de jur. dot.* quoniam hereditas adita cum beneficio inuentarij, fere pro ſuſpecta habetur: nec adeo temere in præjudicium creditorum hypothecariorũ pecuniam alijs heres ſoluere debet. Priuilegium aũt hoc eſt fiſci, vt pecuniam à creditoribus ſui debitoris quibus hic ſoluit repetere poſſit, per textus in *l. pecunia. C. de priuil. fiſci. & l. 18. §. vlt. cum l. ſeq. de jur. fiſci:* qui textus & ipſa verba, fiſco hoc jus reſcripto principum, & extraordinario jure competere, & cauſa cognita tribui, oſtendunt: v. plura de hac quæſt. *apud Ant. Peregr. de jure fiſci. lib. 6. tit. 6 n. 8. & ſeqq. Couar. cap. 29. pract. quæſt. Mollerum 2. ſemeſt. 4.* qui male, tantum ex æquitate ſententiam negantem defendi poſſe cenſet.

Capvt. VII.

Ampliationes aliæ, Quod prior tempore ſit & potior jure.

1. *Hypotheca quoq; tacita ex tempore præfertur expreſſa.*
2. *De ratione prælationis in pignore judiciali & prætorio.*
3. *Ad l. 12. & l. 15. §. 25. de dam. inf.*
4. *Alia exempla prælationis ex tempore.*
5. *An regula, Qui prior tempore, & quatenus, locum habeat in pignore prætorio?*
6. *Ad l. 5. §. 2. vt in poſſ. legat.*
7. *An pignus judiciale proſit alijs.*
8. *An amittat jus ſuum qui negat rem fuiſſe debitoris ad N.* 18. *c.* 10.

PRocedit iſta regula in quibuſcunq; ſpeciebus hypothecæ, & ſiue quæ concurrunt, ſint ejuſdem generis aut ſpeciei, ſiue diuerſæ: vt ex hactenus dd. conſtare poteſt. Cui confirmando accedit, ꝗ & q prior habet hypothecam tacitam, & alij tacitæ hypothecæ, ſed & expreſ-

ſæ hypothecæ poſteriori præfertur. Et videri poſſit ſuperuacuum,hoc monere,cum regula noſtra ſit generalis,niſi fuiſſent, non parui nominis JCti qui hic offenderunt. Neq; enim tantum pragmatelli quidam quorum meminit *A.Fab.decad.6.c.1.*ſed & alij crediderunt, q regula noſtra tantum pertineat ad hypothecas expreſſas,tacitę aũt,vtcunque tẽpore priores,poſt omnes expreſſas vocẽtur. Et ita diſertè *Sichard.ad rubr.C.in quib.cauſ.pign.tac.n.3.& 4.*q̃ & opinionẽ in materia dotis tenet *Angel.in §.fuerat.Inſt.de act.col.6.*relatus *à Neguz.p.2.m.4.n.98.v. octauo quæritur.* vbi & v.alios iſtius ſententiæ autores:ſed q̃ ego falſiſſimã eſſe nõ dubito:& quę cõmuniter quoq; improbatur:& rectè *Neguz.p.5.m.2.n.10.ampliat.14.*tradit,q regula quoq; procedat in tacita hypotheca: nec min⁹ potenter operatur in hypotheca inducenda Lex, quàm conuentio;& p abſurdum ſit,pupillos,liberos, quorum parentes ad ſecunda vota tranſierunt, poſt omnes demum expreſſas venire: cum præſertim his conſulerint leges, q ſibi ipſi pſpicere, ſuper hypotheca vix poſſunt:& in *l.6.§.2.C.de ſec.nupt.*diſertè liberi, q tacitã hypothecam habent,præferuntur omnibus poſterioribus. Vt appareat, quam ridiculus ſit Sichardus qui citato loco reprehendit principes, q fiſcum ſuum ex cauſa tributi & contractus præferant creditoribus poſterioribus expreſſam habentibus. Et v.nõ hoc modo fiſcus plerumq; parum aut nihil conſequeretur,quod abſurdum ſit.Et in terminis fiſci confutatur Sichardus certiſſimis textibus juris in *l.8. Qui pot.*(ex qua probatur fiſcum & priuatum præferri aut poſtponi ex tempore)*l.ſi qui eum.28.de jure fiſci.*(ſi n. fiſcus in poſt quæſitis præfertur anterioribus, quanto magis ipſi anterior præferetur poſterioribus) *l.2.& 3.C.de priuil.fiſci.l.1.ſi propter publ.penſ.*vbi ex cauſa ſub iſtorum fiſco prioritas ex tempore aſſeritũr.

Amplius procedit regula in pignore prætorio & judiciali, ſiue iſta 2 comparentur inter ſe,ſiue etjam cum pignore conuentionali. Quæ pꝑoſitio plures habet caſus.Et 1.pignus prętorium,quod conſtitui diximus p miſſionem in poſſeſſionem ex primo decreto, conuentionali ex tempore pręfertur*l.ſi poſt.3.C.vt in poſſ.legat.*nec dubitatur,quin rurſus prætorio, ex tempore cõuentionale pignus præferatur. Vbi tñ ſcrupu- 3 lum mouet,*l.his qui.11.de dam.inf.* Vbi JCtus ſimpliciter ait, his, qui rem pignori acceperunt, eum eſſe potiorem cui damni infecti non cauetur, ſi ei poſſidere & p longum tempus capere pmiſſum fuerit: neq; n.eum locum de his poſſis accipere, qui poſtea v.c.ædes pignori acce-

 perunt,

perunt, cum & ita nulla prorſus aut valde inepta ſit futura dubitandi
ratio. Accedit textus in *l. ſi finita. 15. §. Item quæritur. 25. de damn. inf.* ex
qua contra eum, qui poſſidere juſſus eſt juxta *d. l. 12.* pignoris pſecutio
negatur. Ego explicãdam ita hãc rem exiſtimo: quod non aliter ſuccur-
ratur creditori, aut pignoris pſecutio ei detur, q̃ quà id fiat citra inju-
riam ejus, cui pignoratæ ædes damnum minãtur, ad quod euitandum
ille autoritate prętoris jus in ędibus conſecutus eſt. Et nimirum poſtu-
lante vicino, vt aut ædes reficiantur, aut vt cautio præſtet', aut ipſe do-
min⁹ ædium idemq; debitor, aut eo ceſſante, creditor cautionem prę-
ſtare debent, quæ ſi poſt interpoſitum decretum primum præſtita ſit,
cum hoc facto poſſeſſione decedere vicinus teneatur, perſecutio vtiq;
& jus pignoris erit ſaluum creditori. Quod ſi vero non præſtetur cau-
tio, & tum in pœnã contumaciæ interpoſitum fuerit decretum ſecun-
dum, meritò tum creditori pignoris perſecutio negabitur *d. l. 15. §. 25.*
de damn. inf. Neq; hoc modo pign⁹ prætorium præfertur pignori con-
uentionali priori: quia vt dixim⁹, prætorium pignus eſt ex decreto pri-
mo, & quamdiu hic ſubſiſtit prætor, manet ſalua priori creditori con-
uentionali pignoris ſui perſecutio. Atquin decretum ſecundum, quo
vicinus jubetur poſſidere, & jus vſucapiendi, qui & dominium trans-
ferre: neque tum in pignoris terminis amplius res manet. Equidem ſu-
pra diximus ſæpe, ꝙ per dominij adquiſitionem non mutetur aut fi-
niatur pignus: ſed n. contumacia in cauſa eſt, vt pignoris pſecutio ne-
getur creditori juxta *l. 15. §. Item. 25. de damn. inf.* etenim ſumo jure cõ-
petentem actionem intelligo à prętore denegari: quo modo aliàs in v-
ſu juris id verbum vſurpari ſolet: Et de iſto n. caſu admiſſæ contuma-
ciæ explico iſtum locum, nam & ibi dicitur, *creditorem non ſatis dediſſe:*
ceteroquin abſq; hoc, &, ſi creditore juſte ignorãte ſecundum decre-
tum fuerit interpoſitum, perſecutio pignoris etjam poſt vſucapionem
(ex ratione vet. juris) integra manet creditori, ſi modo refundat im-
penſas, vt eſt textus expreſſus in *l. cum poſtulaſſem 44. §. 1. de damn. inf.*
quem locum ego ita explicandum & cum *d. §. 25. l. 15. eod. tit.* cenſeo cõ-
4 ponendum. Deinde pignus prætorium præfertur judiciali in ſpecie ſic
dictæ (& de ea diſtinctione ſup. *lib. 1.* egimus) & qui prior miſſus eſt in
poſſeſſionem ex primo decreto præfertur ei in cujus cauſa res pro exe-
cutione ſententiæ capitur *l. ſi decreto 2. C. Qui potiores.* Idq; maxime ob-
tinet in pignore prætorio ſingulari, de quo in *d. l. 2.* ceteroquin ſi vt o-
lim plerumque fieri ſolebat, in bona omnia immiſſio facta fuiſſet, non
videtur

Digitized by Google

videtur ea miſſio impedire debuiſſe quo minus res aliqua ſingularis e-
juſdem prætoris autoritate, pro exſequenda ſententia caperetur: vt &
hic temperetur jurisdictio *arg. l. 2. C. de pignor.* maxime ſi lis contra de-
bitorem jam cœpta fuerit, qui poſtea latitando effecerit, vt alij credi-
tores in bona ejus immitterentur. Tertio & viceverſa ex tempore pi-
gnus judiciale in ſpecie dictum, prætorio præfertur *l. ſi ex jure. 10. Qui
potior.* neq; enim quod ita pro executione captum eſt, continebitur ſub
bonis, in quæ creditores alij ſunt immiſſi. Idemque textus probat 4. ꝙ
judiciale pignus ex tempore præferatur conuentionali: Et vtrobique
ſcil. ſi & jure judicatum, & res executionis gratia capta fuerit: nec enim
condemnatum eſſe quem ſatis eſt *arg. l. in judicati. ff. de re jud.* neque
verò judiciale pignus generale eſt: Quinto viceverſa conuentionale
prȩfertur judiciali: quamuis hoc forte non ſatis ſubtiliter dicatur: quo-
niam pignus judiciale ei fini capitur vt ſtatim diſtrahatur, nec verò
prætor jubebit capi & diſtrahi rem quæ alteri oppignorata eſt: niſi ſi
forte vtriq; ſufficere poſſit, vt tunc diſtrahatur, & creditori priori an-
te omnia ex pretio ſatisfiat juxta *l. à Diuo. 15. §. quod ſi. 5. de re judic.* ſed &
miſſionem in poſſeſſionem bonorum ex primo decreto, quæ conſti-
tuit pignus prætorium, non dubium eſt, fieri ſaluo jure creditoris, cui
antea ex bonis illis res aliqua obligata fuit. Deniq; ſicut ex tẽpore cõ-
uentionale, pignus alteri cõuentionali, ita quoq; judiciale judiciali, & 5
prȩtoriũ poſteriori prȩtorio prȩfertur: ſi tñ ſint diuerſi tituli debendi &
ꝗdem generales, quales ſunt, ex teſtamẽto, & ex contractu. Ita vt lega-
tarius vnus ſi ſit miſſus in poſſeſſionẽ, ea miſſio ceteris non prȩjudicet,
ſed legatarij prȩferantur creditorib⁹, ꝗ poſtea ex cauſa contractus im-
miſſionem quoq; deſiderarunt. Contra creditores ex cauſa contract⁹
miſſi, alijs quoq; creditorib⁹ poſſidẽt, ſed non his quib⁹ ex cauſa teſta-
mẽti debetur, verum his ſunt potiores. *Ita gl. & Dd.* quos refert *Negu*ʒ.
p. 3. memb. 2. n. 10. verſ. reſtringitur. Ex quo vltro apparet ſpecialis na-
tura pignoris prȩtorij in hac materia: nam cum aliæ ſpecies pignoris i-
ta ex tempore tribuant prærogatiuam, vt ea ſingulis, non alijs proſit, in
pignore prȩtorio diuerſum obtinet, & illud ceteris quoque, qui in eo-
dem titulo generali concurrunt, prodeſt. Et ratio videtur eſſe, quod
debitor in cujus bonis pignus id conſtituitur, nec judicatus eſt, nec de
pignore conuenit, vt proinde non fas ſit, vni creditori hæc indulgeri,
vt ille in bonis vniuerſis debitoris: ſaltem latitantis, prærogatiuam præ
ceteris omnibus creditoribus conſequatur. Et licet enim iſtud quoque

Digitized by Google

pignus dicatur, vt probauimus ſupra. *lib. 1. cap. 5.* tamen pignus id eſt ejuſmodi, vt tranſeat ex eo non poſſeſſio, ſed nuda detentio & cuſtodia rerum, ei fini, vt tædio affectus debitor compareat & ſe defendat: & ideo dicitur concedi tantum rei ſeruandæ cauſa *l. 3. & 5. C. vt in poſſ. legat. l. 2. C. Qui pot.* & creditores ita miſſi tantum defenduntur per interdictum *t. t. Ne vis fiat ei, &c.* nec citra nouum decretum bona vendere poſſunt: vt non ſine miſterio, dicatur hoc VILVTI, pign⁹ in *d. l. 3. C. vt in poſſ. legat.* vt eo redeamus, creditorem vnum v. g. qui rei ſeruandæ cauſa miſſus eſt in poſſeſſionem, non tantum ſibi ſed & alijs poſſidere probat *l. cum vnus 12. in pr. de bon. aut jud.* vbi hæc ratio redditur, non tam pro perſona petentis, ſed in rem decretum intelligi interpoſitum: idemque prolixius conſtituitur in *l. vlt. in pr. C. de bon. aut jud.* vbi judicialis ſententia non ſententiam ſuper negotio in judicio inter reum & actorem diſcuſſo latam, ſed decretum magiſtratus ſignificat. Hic autem rurſus alia eſt diſtinctio neceſſaria: & quod diximus, vnius poſſeſſionem prodeſſe ceteris, quoniam decretum in rem intelligitur, procedit tantum in creditoribus quibus ex cauſa contractus v. c. debetur, & quando immiſſio ex primo decreto fit in omnia bona. Aliud ſeruatur in miſſione, quæ fit ex cauſa damni infecti in rem ſingularem, & in ædes, hic enim decretum primum interpoſitum & ſecuta immiſſio, alijs vicinis quibus forte ex ædibus vicini damnum etjam imminere poſſit, non prodeſt, nec tamen illi qui immiſſus eſt jus plenum & potius præ ceteris confertur, quo minus & illi poſſint petere vt immittantur, per *l. ſi finita. 15. §. ſi plures. 15. de damn. inf.* quæ adeo diſtinctio notanda eſt, quod duplici reſpectu ceſſare dicitur in prætorio pignore prioritas, 1. vt ſimpliciter vnius immiſſio, quæ ſcil. in rem facta eſt, proſit alteri, ita vt non neceſſe ſit, vt hic quoque immiſſionem petat, vt in *d. l. 12. de bon. aut jud. & d. l. vlt. C. eodem.* 2. vt vnius immiſſio licet non proſit alteri, tamen & ei non præjudicet, vt tamen neceſſe & & hic habeat petere, vt immittatur, quod ſi faciat, idem jus cum priori conſequatur vt in *d. l. 15 §. 15. de damn. inf.* Et vtroque ſenſu verum eſt, quod prętorium pignus in his qui ſunt ejuſdem tituli non pariat ex tempore prærogatiuam. Et ratio diuerſitatis inter vtrumque caſum hæc dari poteſt: quod his quibus vicini ædes fortè damnum minari poſſunt, nihil dum quidquam debetur, ſed tum demum deberi incipit, vbi illi caueri ſibi de damno infecto poſtularunt,

quod

Digitized by Google

quod vnumquemque, qui damnum metuit, poſtulare oportet: adeoq; nec immiſſio vnius, his qui non poſtularunt cautionem, prodeſſe poteſt. Scrupulum ſaltem hic mouet, quod paulo ſuperius comparauimus creditores, quibus ex contractu, & legatarios, quibus ex teſtamento debetur: cui comparationi conſequens videtur, vt ſicut ad vnius creditoris petitionem decreta in poſſeſſionem miſſio, creditoribus ceteris, etiamſi idem non petierint prodeſt *d. l. 12. de bon. aut. jud.* ita & immiſſio legatarij vnius proſit ceteris legatarijs, etiamſi immitti non petierint: quod contra reſponſum legimus in *l. is qui 5. §. ſi plures. 2. D. vt in poſſ. leg.* vbi JCtus diſerte ait, eum qui ex cauſa legatorum poſſidet, ſibi, non alij poſſidere, & opponitur legatarius creditori, qui rei ſeruandę cauſa miſſus eſt. Sane ſecundum hęc, comparatio ſupra dicta, ſecundum quid, non ſimpliciter accipienda eſt: Et comparantur ſcilicet hactenus, quod nec legatarius vnus vel alter immiſſus præjudicant ceteris, nec faciant vt ipſi ſoli ſint potiores præ ceteris, ſed & hi quoque poſſunt peti immitti, quo facto idem & per jus, vtcunque poſterius immiſſi, cum illis habebunt. Itaq; legatarij pertinent ad partem poſteriorem diſtinctionis ſupra propoſitæ, ſecundum quam vnius immiſſio non derogat alteri, ſed vt & hic neceſſe habeat petere immiſſionem. Et ratio differentiæ, ab alijs creditoribus ex contractu, hæc dari poteſt, quod legatarij poſſunt repudiare legatum libere, & imo non niſi poſt agnitionem reuera illis legatum incipit deberi: &, ſi non petant ſe immitti, præſumuntur repudiare legatum. Atque ita tota hæc res mihi explicanda videtur, quam non extricant *Zaſius & alij in dict. leg. cum vnus 12. de bon. aut. jud. poſſ. Neguzant. p. 3. m. 2. num.* 10. vbi refert aliorum diſtinctiones inter cauſam lucratiuam & oneroſam, item inter debitum pro quo competit actio ordinaria, & pro quo tantum officium judicis: quæ vt non omnino abs re ſunt, ita rem totam non expediunt. Denique hic videndum eſt, an vera ſit traditio Neguzantij *d. p. 3. m. 2. num.* 10. *& p. 5 m 2. num. 25.* Quod de pignore prætorio diximus, vt alijs proſit, aut vtique non obſit, idem putat obtinere in pignore judiciali; quod ſcilicet licet vnus ſit immiſſus vigore ſententiæ quam obtinuit, tamen id proſit quoque alijs, habentibus, vt loquuntur, jus exequibile. Sententia hæc vera non videtur, quoniam pignus prætorium ex primo decreto, conſtituitur magis in rem, contra latitantem & non defenſum debitorem, vt diximus ex *l. cum vnus 12. de bon. aut. jud. poſſ.* quod non poteſt dici de pignore judiciali,

 quod

quod in fauorem victoris,& pro executione certę ſententiæ conſtituitur. Illud tamen admiſerim, ſi quis judicati ſeruandi cauſa ſit miſſus in poſſeſſionem vniuerſorum bonorum vt in ſpecie *leg.* 3.*C. qui potiores.* (quæ tamen ratio magis extraordinaria eſt, & habet in ea ſpecie propriam rationem, vt diximus *lib.* 1.*cap.*3.) non quidem prodeſſe id aliis, ſed tamen non præjudicare quo minus & ipſi ejuſmodi immiſſionem poſtulare & impetrare poſſint: vbi autem res ſingulares pro executione captæ ſunt pignori, vt in ſpecie *l.* 10. *Qui potiores*, omninò falſam
8 Neguz. ſententiam eſſe, ſi ita ſentit, non dubitauerim. Colophonis loco ad hanc materiam, & regulam hactenus explicatam, Quod prior tempore ſit potior jure, libet examinare traditionem ejuſdem Neguz. & fallentiam, vt vocat, iſtius regulæ, quam *p.*5.*m.*2.*n.*26. decimo loco ponit, ſi prior creditor conuentus à ſecundo per actionem Seruianam, neget rem fuiſſe debitoris. Sed reuera iſta fallentia non eſt, ſed videtur prior creditor in pœnam mendacij jure ſuo à Lege priuari, per *auth. Item poſſeſſor. Cod. qui potiores. ex N.* 18.*cap.* 10. & ait Neguzant. d. loco hunc eſſe caſum, quo creditor poſterior efficiatur anterior. Verum ſi recte textus inſpiciantur, totum hoc, & etjam quod creditor jure ſuo priuetur, falſum eſt: & ſolum hoc dd. locis Iuſtinianus conſtituit, vt ei, qui negauit ab initio & per negationem, vt alter onus probandi ſuſcipere cogeretur effecit, poſſeſſio ſola auferatur, in ceteris jure ejus ſaluo. Et apparet, loqui Iuſtinianum nō de eo qui petit rem tamquam ſuam, ſed quam quidem fatetur eſſe alterius, ſed ex juſta cauſa ſibi vt reſtituatur petit, & reſtituēdam eſſe contendit: itaq; commodiſſimum exemplum eſt ad eam rem, ꝙ ipſe Neguz. proponit, inſtitutæ Seruianæ actionis à creditore ſecundo contra primum: quo caſu ſi neget primus, qui rem poſſidet, rem fuiſſe debitoris, (ex quo infertur eam rectè pignori obligatam non fuiſſe, & ſi petitor vincere vetat, eam fuiſſe in bonis debitoris, probare cogitur) & id vero probet actor, propter mendacium aufertur. Reo poſſeſſio, non autem ille quoque amittit jus prioritatis in pignore. Et quoniam ipſe negando, onere probandi grauauit actorem, viciſſim ipſi Iuſtin. hoc onus imponit, vt ex poſſeſſore fiat actor & jus ſuum probare cogatur: quod ſi præſtet, & rem prius ſibi obligatam fuiſſe probat, rurſus res illi erit reſtituenda: vt prorſus vicioſa hæc ſit limitatio. Et quod ait Neguzantius, reſpectu poſſeſſionis, fieri poſteriorem, jam priorem, valde inſubtiliter & inepte dicitur: quoniam prioritas non dependet à poſſeſſione, ſed pendet à conuentio-

uentione,& pignoris jure, quod per conuentionem quæſitum eſt: ceteroquin ſi vni prius res obligata, poſt alteri tradita eſſet, diceremus hunc, qui habet poſſeſſionem, illo eſſe priorem: Sed ſane inepte & abſurde: & ille creditor haud dubie ceſſante debitore, ab hoc auocare poſſeſſionem jure poteſt.

CAPVT IIX.

De priuilegio ex quo quis alijs præfertur.

1. *Quid hic ſit priuilegium.*

DIximus hactenus de prima cauſa prælationis, quæ eſt à tempore, iuxta regulam, Quod prior tempore potior ſit jure. Sequitur altera cauſa prelationis ex priuilegio, & nimirum quod annexum eſt hypothecę: nam de priuilegijs exigendi perſonalibus inter chirographarios creditores hîc nõ agimus. Et poterit id, quod de priuilegio annexo hypothecæ dicimus, pro fallentia & limitatione tractari ad regulam illam: quoniam priuilegium facit, vt prioritas temporis non attendatur: Sed magis libet de priuilegio iſto, tamquam propria cauſa prælationis tractare. Priuilegium quidem laxiori ſenſu hocipſum poſſit 1
dici, quod prior tempore potior ſit jure quomodo & vocatur in *l. ſi & jure*. 10. *Qui potiores. & in l. adſiduis*. 12. *C. eod.* Sed propriè non eſſe priuilegium iſtud, probauimus ſup. *hoc libro cap.* 1. Prorſus de tali priuilegio hic agimus per quod poſterior tempore qui eſt, anteriori præfertur, & quod adeo eſt à jure ſpeciali & ſingulari contra jus commune. Et eodem modo videtur hic ſumi verbum priuilegij, quo id accipitur in *l. priuilegia*. 32. *de rebus aut. jud.* nam & creditor præfertur qui poſterior eſt, ſpeciali cauſæ aut etiam perſonæ fauore: ſed eſt hæc differentia, quod quædam priuilegia ſunt annexa ſimpliciter contractibus & conuentionibus, vigore quorum agens actione perſonali alij creditoribus chirographarijs anteponitur: quædam hypothecis ſunt annexa, quorum poteſtate, qui poſteriorem hypothecam habet, anteriori præfertur. Atque hoc eſt, quod dicitur in *l.* 5. *Qui potiores*. interdum potiorem eſſe eum qui poſterior eſt, nimirum propter poſteriori hypothecæ annexum priuilegium. Illud etjam monendum hoc loco, propter ambiguitatem verbi, quod ipſa hypotheca tacita, citra jus prælationis, recte di-

Digitized by Google

ctè dicatur priuilegium, quippe prouiſione ſpeciali legis quibuſdam perſonis indultum: quo ſenſu priuilegium fiſci dicitur *in l. 2. Cod. de priuil. fiſci.* Nec hoc omittendum quod & ſupra monuimus, aliquando hypothecam & priuilegium perſonale concurrere. Ita enim priuilegium dicitur habere fiſcus *l. quod quis. 34. de bon. aut. jud.* & pupillus *l. 19. §. 1. cum ſeqq. eod. tit.* Et forte his initio tantum priuilegium exigendi, poſt etjam hypotheca data fuit. Iam vt de hac re & diſtinctim agamus, priuilegium annexum eſt hypothecæ vel conuentionali expreſſæ, vel tacitæ: & rurſus vel generali vel ſpeciali, & videamus de ſingulis ſeorſim.

CAPVT IX.

De priuilegio quod expreſſa hypotheca annexum eſt.

1. *De hypotheca rei, quam quis tradendo rem ſibi reſeruauit.*
2. *De hypotheca rei in quam emendam quis credidit, aut conſeruandam.*
3. *Ad l. 6. Qui potiores.*
4. *Ad l. 11. C. Qui potior.*

EXemplum vnum hujus hypothecæ dari poteſt, ſi quis dum rem ſuam alicui tradit, expreſſe cauerit, vt ſibi dum pro re ſatisfiat, res ea ſit hypothecæ obligata: quoniam alia lege noluit tradere alter rem & niſi tradidiſſet, ceteris creditoribus ea res obligata eſſe non potuiſſet, quod in terminis rei venditæ, & ſub hac lege, vt donec pretium ſolueretur ea hypothecæ teneretur, traditæ, diximus ſupra *cap. 5. in fine.* Sed id generalius accipiendum eſt: & obtinebit enim etjam, ſi quis v. c. permutationis cauſa rem hac lege dederit, vt donec res alia de-
2 tur, ea ſibi ſit hypothecata. Nec diſſimilis huic eſt illa ſpecies, ſi quis in rem emendam ſub hypotheca crediderit: nam & hic ob priuilegium anterioribus præfertur, quia niſi pecuniam dediſſet, res empta non fuiſſet, & ita nec alijs creditoribus obligata eſſe potuiſſet: & eſt hoc deciſum in *l. licet. 7. C. Qui potiores.* Tertium exemplum & tertia ſpecies eſt, hypothecæ expreſſæ cum priuilegio, ſi quis ſub hypotheca in rem conſeruandam pecuniam credidit, ex *l. interdum 5. Qui potiores.* vbi in *l. ſeq.* propria hujus rei ratio, quod hujus creditoris pecunia ſaluam fecerit totius pignoris cauſam, abſque qua ſi fuiſſet, re pereunte ceteri

Digitized by Google

ceteri creditores nullum planè pignus habuiſſent. Supra *lib.1.* (vbi ſpecies tacitarum hypothecarum expoſuimus) refutauimus eorum opinionem, qui in duabus iſtis ſpeciebus ſtatuunt etjã creditorem habere tacitam hypothecam. Etenim in *d.l.5.& 6.* non de hypotheca conceſſa, ſed ex hypotheſi hypothecę, de prioritate reſpondetur, ex jam dicta ratione, quod pecunia iſtius creditoris ſaluam fecerit totius pignoris cauſam, vt de conditione iniqua ſibi illata non poſſint conqueri priores creditores. Hæc aũt & ratio & deciſio producta latius fuit, vt docet *d.l.6. vbi:* JC. *ait*, quod de prælatione dictũ eſt *in l.5.* eo caſu, quo 3
credidit quis in armandam aut reparandam nauem, poſſe etjam admitti (& iſta verba notant extentionem) ſi creditum fuerit in cibaria nautarum, quandoquidem ſine his, (& nimirum eorum opera) nauis ſalua pervenire non potuerit. Non diſſimile exemplum eſt in d l.6.§.1. ſi quis pecuniã crediderit in merces vt ſaluæ fiant, (ſub hypotheca videl. earum) & merces nimirũ, quæ alijs erant obligatæ, & in nauem, vt trãſueherentur, illatæ, vt apparet ex eo, quod ibi mox additur, (& hoc quoq; per extenſionẽ quandam.) *vt naulum exſoluatur.* Naulum portorium eſt, & pretium, quod ſoluitur pro vectura. Et nimirum qui merces aduexerat, cum nõ haberet, vnde portorium ſolueret, neq; ob id merces ex naue transferre poſſet, pro naulo exſoluendo pecuniã ſub merciũ hypotheca accepit, & qui ita credidit, alijs licet prioribus, præferetur: potentior hic erit, ait JCtus, quoniã & naulum potẽtius, id eſt, ante omnia exſoluendũ eſt, quo referri põt quod ſcribit juuen. *Lat.8. verſ.97.* [*Furor eſt, poſt omnia perdere naulum*] & non dubiè quibus naulum debetur, res pro quibus debetur, donec naulũ ſoluatur, detinere poſſunt. Porrò (vt eum locũ explicemus) in *d.l.6.* §.1. tantundẽ, inquit JC. dicemus, ſi merces horreorum vel areæ, vel vectura jumentorum debeatur: nã & hic potentior erit: Quæ ex priori illo exemplo, ſunt explicanda. Nimirum, qui ad naulum credit, & merces hypothecæ accipit, habet priuilegiatã hypothecam, per q̃ prioribus præfertur. Ad eũdem modum qui credidit ad exſoluendã mercedem, quæ pro vſu horrei vel areæ in qua res & merces repoſitæ fuerunt, debebatur: item pro vectura jumentorum, quibus, vt rectè Accurſius, merces aduectæ erant, & merces eas hypothecę accepit, alijs creditoribus, quibus & ipſe merces ante obligatæ erant, eſt potior: quoniam eadem ratione, quam de naulo diximus, dominus horrei, jumentorũ & areæ, dum ſibi merces debita ſoluatur, res detinere poteſt: Et hęc quidem ad *d.l.5.& 6. qui*

potiores. quibus adde quæ ea de re, & præcipuè de credita pecunia in rem conſeruandam, tractat *Neguz. p. 5. m. 2. n. 15. limit.* 1. vbi notat vt locus ſit priuilegio iſti, oportere, vt & pecunia ad hoc ipſum ſit mutuata, & præterea ad eam rem & eum vſum impenſa: quod vtrumq; etiam ſatis ex jam dictis, & ipſa *l. 5. & 6.* intelligi poteſt: in quib^9 proponitur & ſæpiùs iteratur, IN & AD eā rem pecuniam creditā eſſe: nec poteſt pecunia ſaluam feciſſe dici totius pignoris cauſam, niſi reuera in id fuerit impenſa: ex quo & porrò conſequitur, ꝙ tertio loco requirit Neguz. vt non vltra creditum ſit, quam neceſſum erat: Et niſi hæc concurrant, injuria fieret creditoribus anterioribus, ꝗ̄ injuriam concurſus iſtorum requiſitionem tollit. Sed ibidem, vt hoc addamus, errat Neguzantius dum putat, prælationi locum non dari, ſi anterior priuilegium habeat perſonale: neque enim ejuſmodi priuilegium quidquam contra hypothecam poteſt, quæ priuilegijs perſonalibus omnibus fortior eſt & potentior, vt ſup. *hoc lib. cap.* 1. expoſuimus: niſi quis exiſtimet, explicari Neguz. poſſe de eo, qui cum priuilegio habet & hypothecam. Et hoc enim caſu, vbi concurrunt hypothecarij duo, quorū vterq; habet priuilegiū, neuter alteri præfertur, ſed inter eos ordo temporis ſeruatur, vt dicemus infra *cap.* 14. Semper aūt ponendum eſt in hoc materia, de qua diximus *ex l. 5. & 6. Qui potior.* quod de hypotheca ſit conuentum: quoniā in *dd. locis* non de hypotheca (quæ præſupponitur) ſed de jure prioritatis principaliter tractatur: neq; ex hoc ſolo, quod quis in hunc vſum credit, ſibi adquirit hypothecam, ſed conſtitutæ per conuentionē hypothecæ Lex priuilegiū adijcit: idq; oſtenduṅt quæ ipſe JCtus ibi proponit *in l. 5.* ibi *velut ſi nauis ſit obligata.* & *in l. 6. §. 1. ſi quis in merces SIBI obligatas.* quę particula SIBI male in Pandd. Florentinis tamquam ſpuria virgulis eſt incluſa. Atq; ita quoq; obtīnet in priuilegio quod habet, qui in rem emendam credidit, ſi nimirum de hypotheca conuenerit, vt probauimus *ſup. lib.* 1. vbi de ſpeciebus tacitæ hypothecæ, vbi & propoſuimus terminos, quibus iſti hypothecæ & prælationi poteſt eſſe locus; vt quis in re, quæ per emptionē demum incipit eſſe debitoris, alio prior aut poſterior ſit. Deniq; ad hoc genus expreſſarum hypothecarum cū priuilegio pertinet ſpecies *l. ſcripturas.* 11. *C. Qui potiores.* iuxta

4 quam hypotheca, ſuper qua confectū eſt inſtrumentum publicum aut verè tale, aut quod ei æquipollet, præfertur anteriori, ſuper qua priuatum tantum inſtrumentum eſt confectum. Explicandum hoc eſt ex *d. l.* 11. Notabilis limitatio eſt iſta ad regulam: qua potior eſſe dicitur,

qui

qui tempore prior eſt:aut potius inſigne exemplum eſt hypothecæ priuilegiatæ. Alias enim ad jus pignoris ſufficit ex juris veteris ratione, hoc ſolum,ſi eſt de eo conuentum inter debitorem & creditorem.Sed mutatum hoc eſt *per.d.l.*11. quæ priuilegiatam eam hypothecam fecit, ſuper qua eſt inſtrumentum publicum confectum: & non ſine cauſa; vt debitorũ fraudibus occurretur,qui ſępe eandem rem pluribus obligant,& in fraudem aliorũ creditorum diem proferunt: vt ita multæ lites & contentiones euitentur : qua etjam de cauſa multis ſtatutis cautum eſt,vt ne qua valeat hypotheca immobiliũ rerum, niſi iudicialiter fuerit inſinuata. Sed non procedit eouſq; *d.l.*11.*C.Qui potiores*.cũ nec ſimpliciter requirat publicum vere inſtrumentum,ſed effectum ęqualem tribuat inſtrumento cuicunq; priuato verè, ſi ei tres integræ opinionis teſtes ſubſcripſerint. Quale autem eo loco publicum inſtrumentum intelligatur,pluribus ibidem *Cyn.Salic.Caſtr.*& alij explicant: & de priuati iſtius inſtrumenti, quod publico æquipolleat, requiſitis v.aliquid apud *Neguz.p.5.m.2.n.*47.Illud obiter noto, male à Gothof. *ad d.l.* 11. adnotatum, quod pignus inſtrumento priuato non probetur:quod ſanè falſum eſt: & adeo non probatur ex *dict.l.*11. vt & ex ea contrarium appareat. Etenim probatur quidem, ſed habetur dignius & minus ſuſpectum inſtrumentum publicum: quoniam in inſtrumẽtis mere priuatis, facilius põt fraus, & captio interuenire. Sed & amplius inepta ejuſdem Gothofredi nota eſt ad *d.l.*11. quod priuata ratio aduerſus tertium non probet,ex *l.6.C.de probation.*quę agit de ratione priuata vnius,qui aliquem ſibi debitorem annotauit:quod cum ſpecie *d.l.ſcripturas.*11.*C.Qui pot.*nec hilum commune habet.

CAPVT X.

De priuilegio,quod annexum eſt hypothecæ tacitæ.

1. *An fiſcus habeat hypothecam priuilegiatam?*
2. *In dubio,an fiſci an priuati cauſa potior eſſe debeat?*

EXemplum nullum occurrit priuilegij prælationis,quod annexum ſit hypothecæ generali expreſſæ conuentionali:ſed in tacita & generali & ſpeciali, occurrunt exempla, de quibus jam agere adgredimur.

mur. Quæritur inprimis an fiſci hypotheca ejuſmodi habeat priuile-
1 gium: Et *Accurſius in l. eos qui. 9. C. Qui pot. & ibid. Salic.* tale priuilegiũ
tribuunt, contra anteriores hypothecas tacitas. Sed videtur ea falſa eſ-
ſe opinio, per textum indefinite loquentem *in l. ſi pignus. 8. Qui potio-
res*, ex qua præfertur fiſco etjam priuatus, qui pignus accepit, antequã
debitor fiſco obligaretur. Sed & in dubio tacitæ hypothecæ eadem eſt
vis, niſi quid inueniatur nominatim exceptum, quam habet expreſſa.
Nec quidquã facit *l. ſi fundum. 4. C Qui potiores in pign.* nihil ẽt *l. 2. C. de
priuil. fiſci.* quę magis Accurſium oppugnat, & probat idem, quod eſt in
d. l 8. *D. Qui potiores.* Doctores quidem vulgo *ex d. l. 2.* probant, quod
mulier & fiſcus pari paſſu ambulent: ex quo poſſit inferri pro Accur-
ſio: quoniam vt communis habet opinio, mulier creditoribus anterio-
ribus, qui tacitam habent hypothecã, pręfertur. Sed vitioſa perſpicue
eſt hæc ratio, quia aſſumptio argumenti petitur ex jure nouo, in *l. aſſi-
duis. C. Qui pot.* per quam neceſſario derogatum eſt juri illi, quo mulier
& fiſcus pari & eodem jure vtebantur; vt dicemus *infra vbi de priuilegio*
vxoris. Nec magis ad rem facit, quod in *d. l. 2.* dicitur de priuilegio fiſci:
non enim jus aliquod prælationis ibi intelligitur, ſed ſola tacita hypo-
theca, quæ cum non ſit ex conuentione, ſed ex Lege recte priuilegium
vocatur. Ex quibus apparet error. Hottomanni, qui in *Tr. de pignorib.
cap.* 4. inter priuilegiatos refert fiſcum, ex eo quod præferatur priuile-
giarijs prioribus. Nam, vt ſæpe diximus, omnis hypotheca potentior
eſt priuilegio perſonali, & nos vero hic de tali priuilegio non agimus.
Videri poſſit diſtinguendum, an fiſcus agat pro debito, quod eſt ex
contractu, an pro tributis: vt illo quidem caſu ſimplicem, hoc aũt pri-
uilegiatam hypothecam habeat: quod videtur probari ex *l. 1. C. ſi propt.
publ. penſitat.* vbi dicitur, ſi quid fiſcus propter non ſoluta tributa ven-
diderit, retractari venditionem non poſſe, nec ſi dominus pretium of-
ferat, nec ſi creditor jus pignoris & hypothecæ prætendat: quod ſane
de creditore poſteriori accipi non poteſt; in quo hoc juris communis
eſt, vt à creditore priore venditam rem auferre emptori non poſſit. Et
facit ratio in *d. l. 1. in f.* addita, ꝙ cauſa tributorũ potior ſit, quibꝰ omnia
bona ceſſantis priore loco ſint obligata. Et ſane tributorũ ſolutio ſpe-
ctat fauorẽ Reipublicæ & ejus conſeruationem: & cũ ex ipſis bonis &
ꝓ bonis, quæ poſſidẽt ſubditi, debeant, nihil mirũ, ſi hic ſpecialis fiſco
concedatur pręrogatiua. Quin cũ vt quiſq; bona adquirit, ita protinus
ad tributa præſtanda fiſco obligentur, nec poſterior hactenꝰ fiſcus eſſe
poſſit

poſſit videri: cum & juxta ea, quæ ſupra diximus, priuilegio iſto fiſcus gaudeat, vt in bonis poſt quæſitis alijs creditoribus præferatur. Aut an fortè *d.l.1 C. ſi prop. publ. penſ.* intelligim⁹ de ipſis fundis & prædijs tributarijs alienatis à fiſco; quomodo & *d. l. 1.* Accurſ. accepit. Prorſus q̃ priuatus ex tempore præferatur fiſco, poteſt comode reſtringi ad cauſas contractuum, de quibus & nominatim loquuntur textus qui huc ptinent in *l. 28. de jur. fiſc. l. 2. C. de priuil. fiſc. l. 8 Qui pot.* Quoniam diximus vtiq; ex cauſa contractuum, hypothecam fiſci & priuati æſtimari & præferri ex tempore. Subijciam⁹ hic (quod commodius forte ſupra *cap.1.* vbi in genere hoc tractauim⁹, dici potuiſſet) breuiter, ſi non conſtet, an fiſcus an priuatus prior ſit, cujus cauſa in dubio potior eſſe debeat *Neguz. p. 2. memb. 4. n. 117. & ſeq.* pro vtraq; parte autores, eoſq; ita in concordiam adducit; vt in dubio fiſcus præferatur ex cauſa onerosa, id eſt, vt explico, ex cauſa contractus & tributorum: non aũt vbi fiſcus petit pœnam aut multam, aut vbi perſequitur jus caducorum: q̃ 2
diſtinctionem Jaſon. jam d. loco proponit Neguz. ad quem caſum poſteriorem, vbi fiſc⁹ lucrum pſequitur, recte refertur *l. nõ puto. 10. de jur. fiſci.* quæ in dubijs ait reſpondendum eſſe contra fiſcum: cujus ſub bono principe cauſa vulgo mala eſſe phibetur, nimirum quo ad ea quæ diximus, multas, pœnas & caduca, quæ bonus princeps nõ acerbè exigit: nam quo ad contractus & tributa, optimi quoq; principes; & qui Remp. ſaluam eſſe volunt, fauere fiſco ſolent & debent. Et ita quoque *Euerhard.* explicat *d. l. 10. de jur. fiſci in Topicis in loco ab Eccleſ. ad fiſcum in fin.* ſed adcommodari iſta explicatio & diſtinctio ad noſtram rem, q̃ tractamus, non poteſt. Quærimus enim in concurſu duplicis hypothecę priuati & fiſci, vtra ſit priuilegiata & potior in dubio: atquin vt probauimus *ſupr. lib. 1.* fiſcus vbi caduca, aut bona damnatorum vel multas pſequitur, nullam habet hypothecam: Itaq; in his terminis neceſſum eſt, vt potior ſit priuatus, qui hypothecam habet per *l. eos qui 9. C. Qui pot.* quod & veriſſimum eſt: adeo vt & ſimplex debitor hic ſit potior fiſco: cum fiſcus, qui bona occupat, extra cauſam contractus vel tributorum, omnibus creditoribus, qui quidem bona fide contraxerunt, teneatur ſatisfacere. Et igitur poſita hypotheca priuati & fiſci, in caſu quo non conſtat, vter prior ſit, videatur dicendum idem, quod *hoc lib. cap. 1.* diximus, potiorem eſſe occupantis cauſam: Et tamen cum ex cauſis his contractus & tributorum faueant LL. fiſco, rectius quis forte dixerit, fiſci cauſam potiorem eſſe, & eum preferri priuato debe-

 re.

Digitized by Google

re. Quod autem fiſco faueant Leges, probatur 1. quia dederunt fiſco hypothecam tacitam. 2. quod ſi ex cauſa contractus quid debitum ſit fiſco aut pro tributis, poteſt fiſcus pecuniam repetere, quam debitor fiſci alijs ſuis creditoribus ſoluit, vt ſupra diximus ex *l. deferre* 18. §. *vlt. cum l. ſeq. de jur. fiſci. l.* 5. *C. de priuil. fiſci*. 3. quod quo caſu alius priuatus cum priuato concurrens, in poſt quæſitis aut potior eſt, aut concurrit, fiſcus priuato præfertur, vt itidem ſupra tractauimus *ex l. ſi quis*. 28. *de jur. fiſci*. Et igitur ad hunc caſum, quo fiſcus tributa aut ſibi ex contractu debitum perſequitur *d. l.* 10. *de jur. fiſci*. quæ in dubijs vult reſponderi contra fiſcum, referri non poteſt.

Capvt XI.

De aliis hypothecis quæ annexum habent priuilegium.

1. *Ad l. 7. in pr. Qui pot.*
2. *An hypotheca pro pecunia in ædium reſtitutionem credita, ſit priuilegiata?*
3. *Quid de eo qui in funus impendit.*
4. *Quid de redimente ex hoſtibus.*

Pvpilli hypothecam habent in re quæ ex ipſorum pecunia eſt empta, vt *ſup. lib.* 1. probauimus. Huic hypothecæ præterea annexum eſſe priuilegium, per quod anterioribus præferantur, probatur ex *l. idemq.* 7. *in pr. Qui potior*. Cum enim in *l.* 5 *&* 6. JCtus propoſuiſſet, aliquando poſteriorem eſſe potiorem, ejuſq; rei aliquot exempla ſubjeciſſet, quæ ſupra explicauimus, continuando in *l.* 7. *in pr.* addit, idem eſſe, ſi res ex pupilli numinis fuerit comparata. Iſq; eſt primus caſus *d. l.* 7. quo ex nummis pupilli vnius tota res eſt emta. Subijcitur caſus alius, quo duorum pupillorum nummis res eſt comparata, & vterque in pignus ſimul concurrunt: quoniam priuilegiatus contra æqualiter priuilegiatum, non poteſt vti priuilegio: & tamen pro pretij quod impenſum eſt rata, & proportione, non æqualiter concurrunt *d. l.* 7. quoniam pecunia quæ eſt impenſa, eſt pignoris cauſa. Tertius proponitur caſus, quo res tantum pro parte ex pecunia pupilli comparata eſt: & antiquior creditor cum pupillo concurrit, ratione nimirum totius rei: ſiquidem alias in ea parte quæ pupilli pecunia comparata non eſt, creditor alter ſolus eſt: ſed de tota re cum quæramus, quæ partes pro diuiſo

Digitized by Google

nifo non habet, recte dicimus eſſe concurſum. Et de pupillis accipitur recte *d.l.7. verſ. quod ſi res.* ob connexionem cum ijs, quæ præcedunt: ceteroquin nec male poſſit iſtud accipi in genere, de quocunque, qui credidit in rem emendam, ſed vt hypothecam expreſſe præſupponamus acceptam fuiſſe, juxta ea quæ tractauimus ſupra. Quæritur & de 2
eo qui in reſtitutionem ædium credidit: Et hypothecam quidem huic datam eſſe conſtat, per ea quæ diximus *ſupra lib.1.* ſed nuſquam iſti hypothecæ datum eſt priuilegium, quo creditoribus anterioribus iſte qui credidit in reſtitutionem ædificij, præferatur: pro quo tamen videatur facere ratio in *l. 6. Qui pot.* quoniam & hujus creditoris pecunia ſaluam eſſe facit totius pignoris cauſam: Et poſſit huc adduci quod in *l. ſi ventri. 24. de bon. aut jud. poſſ.* de priuilegio dicitur: quamuis id videatur pertinere ad priuilegium, ſimplex perſonale contra alios creditores chirographarios, de quo etjam genere priuilegij agitur *in l. cũ duobus. 52. §. Idem. 10. pro ſocio.* Et ad rationem ſumptam ex *l. 6. Qui pot.* dici poteſt, quod ea procedat ex hypothecæ expreſſæ hypotheſi, & ex priuilegio legis ſpeciali: atquin non videtur ea ratio ſufficere, vt ſimul & hypothecam, & jus prælationis inducat: & difficile eſt, vt citra textum expreſſum priuilegia introducamus: ſed eſt nobis ſubſiſtendum intra terminos *l. 1. In quib. cauſ. hyp. tac.* quæ non niſi ſimplicem hypothecam tribuit. Et quoniam textu deficimur, haud ſcio, an tentare liceat, quod ſi qui credidit in reſtitutionem ædificij, expreſſe ſit pactus de hypotheca, tum eum habiturum jus prælationis. Tractatur & de 3
eo qui aliquid in funus impendit. Quærendum autem prius videatur, an omnino hic habeat hypothecam, de quo aliquid *lib. 1.* diximus. Iacente nimirum hereditate adhuc, vix commoda eſt occaſio, vt qui impendit in funus, ſibi de hypotheca proſpiciat, nec vſquã legimus, huic à Lege hypothecam tacitam in bona defuncti eſſe tributam: vt nihil aliud videatur habere quam priuilegium exigendi inter chirographarios creditores. Quo poſito efficietur, vt eo potiores ſint quiuis hypothecarij creditoris per *l. eos qui. 9. C. Qui pot.* ſed contrarium ſuadet *l. pen. de religioſis*: vbi dicitur, quod impenſa funeris præcedat *omne* creditum. Quod ſi verum eſt, iſte non tantum hypothecam, ſed etjam priuilegium ſimul habebit. Sunt qui mediam ſequuntur ſententiam, quod iſte qui impenſas funeris fecit, præferatur creditoribus anterioribus qui habent hypothecam tacitam, non itidem his qui habent expreſſam, Ita *Zaſius in l. quæſitum. 17. de reb. aut jud. poſſit. Neguz. p. 5. m. 2. n. 28.*

n.28.& ſeqq. Sed ſane generalitas *d. l. pen.* non patitur hanc reſtrictionem. Et iſta ſententia mihi vel maximè diſplicet, quoniam vtrimque & *à d. l. pen. & à d. l. 9. C. Qui pot.* oppugnatur: nam & hypotheca tacita vtcumque poſterior, quocunque perſonali, priuilegio potior eſt. Ego exiſtimo, hunc qui in funus impendit, omnibus indiſtincte creditoribus, quocunque priuilegio aut quacunq; hypotheca ſubnixis eſſe potiorem: & deficiente Lege, prætorem actioni funerariæ, hoc priuilegium ſpeciali religionis fauore dediſſe, vt impenſa funeris minueret hereditatem, & tanto minus defunctus in bonis reliquiſſe cenſeretur: quod ſuaſit ſumma ratio, quæ pro religione facit, & publica vtilitas, ne defunctorum corpora inſepulta jacerent, propter quæ inſuper habita fuit ſtricta juris ratio, vt in terminis reſponſum eſt in *l. ſunt perſonæ de religioſ.* ideoque aſſentior *Duareno in l. 1. ſol. matrim.* quod creditor hic etjam potior ſit mulieri, quæ dotem ſuam perſequitur: & nec enim quiſquam propitijs auribus audiat mulierum, quæ maritum potius inſepultum relinqui, quam aliquid de dote ſua minui velit: ad quod etjam nonnihil facit *l. 4. C. de petit. hered.* Et leue eſt, quod de jure per expreſſam hypothecam quæſito obijcit Neguzantius: nam nec minus jus tribuit hypotheca tacita, & ſpecialis hujus impenſæ ratio eſt, dummodo, quod præſupponendum eſt, adſit expenſarum modus, & abſit exceſſus. Quod autem in *l. & ſi quis. 14. §. 1. de religioſ.* dicitur, impenſam funeris præferri hypothecæ tacitæ, ex eo inepte infert Neguz. aliud eſſe in hypotheca expreſſa. Plane effectu inſpecto tale jus habet qui in funus impendit, quale habet hypotheca cum ampliſſimo priuilegio: ſed vt diximus, proprie iſta hypotheca non eſt, ſed impenſa ante omne æs alienum ex hereditarijs bonis detrahitur. Ideoque parum ſubtiliter *Hottoman. de pign. cap. 4.* impenſam funeris tale priuilegium habere ait, cujuſmodi hypothecis aliquibus annexum eſt.

4 Porro huc quidam referunt, redemptorem, & eum qui ſeruum captum ab hoſtibus, propria redemit pecunia. Et ſunt qui iſtum præferendum cenſent, etjam anteriorem expreſſam habentibus. Quod non difficulter poſita hypotheca admiſerim, per rationem quæ eſt in *l. 6. Qui potiores.* vel maxime enim hujus pecunia ſaluam fecit totius pignoris cauſam. Sed enim pluſquam hypothecam iſte habet, per *l. in bello 12. §. ſi quis. 7. de captiuis.* vbi dicitur, ſeruum ab hoſtibus redemptum protinus fieri redimentis, ſaluo hoc jure, vt dominus

Digitized by Google

dominus pretium quod numerauit redemptor offerre poſſit: quod jus offerendi & creditoribus forte concedi poſſit. Sed probatur inde, quod plusquam hypothecam etjam priuilegiatam iſte redemptor habeat. Etjam qui redemit hominem liberum in eo jus pignoris habet, *vt libr.2.* diximus: ſed cum is ante captiuitatem obligari alijs non pótuerit, nec de priuilegio aut jure prælationis tractari poteſt.

CAPVT. XII.

De hypotheca priuilegiata vxoris pro Dote.

1. *An vxor etjam expreſſis hypothecis prioribus præferatur?*
2. *An mulier in dote, fiſco præferatur?*
3. *An mulier poſſit præferri deponenti, commodanti, &c.*

SVPRA *libr.*1. de hypotheca iſta tractauimus, & quando mulieri data ſit; jam de priuilegio & prælationis jure videamus: Et ante Juſtinianum tantum priuilegium inter chirographarios creditores habuiſſe vxorem, ipſe atteſtatur Juſtinian. *L. aſſiduis 12. C. Qui potior.* qua demum dedit etjam hypothecæ conceſſa in *l. vn Codic. de rei vxor. act.* prælationem: quod & repetitur *in N.97.* Rationes quibus motus fuit Juſtinianus ipſe proponit in *d.l.12. Cod. Qui potiores.* Sed ſunt illæ ſane ineptæ, & quibus nihil non vxoribus defendere poſſis; ſed nos hîc non, quibus rationibus motus fuerit Juſtinianus, ſed, quid diſpoſuerit, quærimus. Nemo dubitat, quin per *d.l.12.* jus prælationis datum ſit vxori contra creditores anteriores; ſed controuertitur, an beneficio illius priuilegij omnibus omnino prioribus, an quibuſdam tantum præferatur? Communis & in praxi recepta opi- 1
nio ſtatuit, eam tantum præferri his, qui priorem tacitam habent, non his qui expreſſam. Et ſane ſatis ita indulgetur vxori, quæ jure veteri nec hypothecam quidem habuit: & non debemus fauere mulieribus cum injuria alterius. Itaque cum Interpp. cogerentur admittere per *d.l.12.Cod. Qui potiores.* jus prælationis; reſtrinxerunt ita eam ſententiam, vt præferretur hypothecis tacitis mulier, non item

Te expreſſis.

& generaliter loquitur, ad eum modum reſtringunt. Et ſiquidem ea mens fuiſſet Juſtiniani, in conſtitutione tam prolixa illud vtique expreſſiſſet. Et quæ mens ejus fuerit, magis etjam apparet ex *N.97.cap. 3. & 4.* vbi accurate diſſerit, an aliqui creditores poſſint mulieri præferri in dote, vt maxime & ipſi ſint priuilegiati: Et quid poteſt generalius dici, quam quod eſt in *d. l. adſiduis* 12. *Cod. Qui potiores.* mulierem habere priuilegium & prælationem contra *omnes* creditores, licet anterioris ſint temporis priuilegio vallati. Et cauillantur, qui captant verbum *priuilegij* quaſi eo tantum tacita hypotheca ſignificetur: Ineptum enim eſt, in legibus Juſtiniani iſtam ἀκρίβειαν conſectari: & quid ait, priuilegium *temporis* ſatis ſignificat, eum nihil aliud intelligere quam prioritatis jus, quod ex tempore creditores habent: quo eodem ſenſu priuilegium temporis dicitur in *l. ſi & jure.* 10. *Qui potiores.* Accedit, quod idem Juſtinianus in *N.97.cap.2.* ſimpliciter ait ſe priuilegium dediſſe dotibus, vt contra antiquiores hypothecas habeant honorabiliora ſiue pretioſiora jura, τιμιώτερα δίκαια & in *N.109.cap.1.* itidem ait, ſe hoc dediſſe priuilegium mulieribus, vt creditoribus præferantur, licet tempore vincantur: Quas conſtitutiones ita generaliter loquentes non niſi ſtolide quis ad hypothecas tacitas reſtrinxerit: Et vt ſupra diximus *d. 97. cap. 3.* loquitur Juſtinianus de his qui in rem emendam &c. crediderunt, & qui, vt ſupra probauimus, non habent tacitam hypothecam, ſed ſi de hypotheca conuenerint, habent priuilegium. Et cum creditor hic præferatur alijs creditoribus anterioribus, ſi ſaltem jure dubitari & quæri poteſt, an mulier huic præferatur, ſequitur neceſſario, quod ex mente Juſtiniani, præferatur his qui ſimplicem expreſſam priorem habent: quod argumentum proponit *Balduin §. actionem.* 28. *Inſt. de action. num.* 12. & ei reſponderi poſſe negat. Nec dubium eſt, quin per *d. l.* 12. *Cod. Qui potiores.* plus datum ſit mulieribus quam ante habebant: vt inepte adducatur *l. vbi.29. Cod. de jure dotis.* cum & eo jure omnino nec dum tacitam hypothecam haberent mulieres, vt probauimus *ſupra libr.* 1. Qua de cauſa & fruſtra adducitur *l. 2. Cod de priuileg. fiſci.* nam eo jure mulier non habebat hypothecam, niſi de eo ſibi expreſsè cauiſſet: quo poſito, ſicut alius priuatus, & ipſa fiſco ex tempore præferebatur. Cum autem & ipſi alterius ſententiæ auhtores mulierem anterioribus hypothecis & adeo & fiſco præferri ſtatuant, neceſſariò ſequitur jus quod in *d. l.* 2. proponitur, hodie eſſe ſublatum. 2

depoſitarij aut commodatarij: Et n. Reſp:1. cum duo ibi proponantur membra in bonis eſſe, & non eſſe, res cõmodatæ & depoſitę rectius ad poſterius hoc membrũ referentur, qua de re latius dixi *in comm. ad Inſt. ad d. §. vlt.* Deinde vt maxime jam dd. locis illa verba, *in bonis*, reſpectu certo & ſingulari ita acciperentur, quatenus nimirum quis earũ rerum nomine, furti aut vi bon. rapt, tenetur, attamen fatendum erit, quod vltro apertiſſimũ eſt, hãc acceptionem prorſus eſſe impropriã: & quod eæ res ſint imò in bonis deponentis & commodantis, qui non tantum domini ſunt, ſed & earũ retinent poſſeſſionem. Et in vſu juris ea in bonis noſtris eſſe dicuntur, quorum aut domini ſumus, aut quorum dominium per vſucapionẽ adquirere poſſumus. Et in materia pignorum, nimis quã certo certius eſt, quod res, vt recte pignori teneantur, oporteat hoc ipſo ſenſu eſſe in bonis, vt debitor ſit dominus earum, vel eas bona fide poſſideat: ſicut nec quidquam certius eſt, quam quod ſiue per pignorationem, ſiue quacunq; alia ratione vero domino præjudicari non poſſit. Et quam igitur ridiculũ ſit exiſtimare, res locatas, commodatas, depoſitas &c. quæ certiſſimo jure nõ ſunt mariti, mulieri eſſe obligatas pignori quas ipſa citra manifeſtã injuriã auferre dominis nõ poſſit. Et quomodo vero vxor obtinere poſſit cõtra iſtos actione Seruiana, in qua probandum eſt, non fuiſſe in bonis debitoris: Piget in re manifeſta plura perdere verba: & cui iſta non ſufficiunt, is non verbis, ſed verberibus erit docendus. Ignorantia eorum, quos vexat ſcribendi illud cocoethes, & qui ſæpe incautos tyrones fallunt, & in ipſa principia juris, impingunt, faciunt aliquando, vt quaſi Soli lumen inferre cogamur. Addo pro concluſione ad hanc rẽ dictũ Bald. quod & *in Tract. de Action. & ad Treutl. p. 2. diſp. 24.* retuli. quod rem hanc paucis decidit, Quicunque, inquit ille, in *l. in rebus. 30. C. de jur. dot.* prætendit dominiũ actu permanens, is potior eſt & potentior, quocunq; creditore debitoris ſui. Hæc eſt Interpp. quoq; ceterorum communiſſima ſententia, & quis adeo non miretur ſcribere. Hunnium ad *Treut. de diſp. 24. th. 7.* neminem hactenus eſſe auſum adfirmare, quod commodans pręferatur mulieri: quo loco abſurdiſſimam illam ſententiam, quam confutauimus, tuetur. Alia vero quæſtio eſt, ſi res depoſita apud maritum perierit: quo caſu cum deponens nullam hypothecam, ſed tantum in petenda æſtimatione priuilegium exigendi habeat, certum eſt mulierem eſſe potiorem. Et quod in funus impendit, non præferri mulierem, docent ea quæ diximus *ſup. cap. XI.*

Caput XIII.

Alia circa eandem rem.

1. *An priuilegium hoc competat & pro dote confeſſata?*
2. *An liberis idem priuilegium competat?*
3. *Quid ſi matrimonium ſit putatiuum.*
4. *Quid in ſponſa.*

PErſequamur paucis cetera quæ ad hanc quæſtionem & materiam de hypotheca & priuilegio vxoris pertinent. Traditur vulgo pro limitatione, quod iſtud priuilegium tantum habeat locum in dote numerata, non in cauſa confeſſata. Sed mihi iſta limitatio ſemper viſa fuit inſubtilis. Et fallacia eſt in verbis. Siquidẽ vere opponitur dos numerata & confeſſata, ſiue cauſa, res eſt liquidiſſima: id eſt ſi dotem non numerauerit, & tantum de ea ſoluenda vxor cauerit: Et tum nihil eſt quod de repetenda dote quæratur. Nec aliud eſt, ſi quæras de confeſſione mariti, qua ſe dotem accepiſſe cauit, & confeſſus eſt: nam ſi ea nuda & falſa eſt, & maritus ſpe numerationis ſecuturæ id fecit: rurſus certum eſt, non poſſe repeti dotem ab vxore, quamdiu errorem, & falſitatem confeſſionis probare licet. Et confeſſionem donationis cauſa factam, vtpote à marito, inutilem eſſe conſtat, niſi morte mariti ſit cõfirmata. Sed enim ſuperior oppoſitio dotis numeratę, & ejus, quam maritus ſe accepiſſe confeſſus eſt, prorſus inepta eſt & vitioſa: ſiquidem hoc pluſquam eſt certiſſimum, quod præſumatur pro confeſſione, & quod dos adeo numerata quoque præſumi debeat, quam maritus ſe accepiſſe eſt confeſſus, donec legitimis & jure admiſſis modis contrarium demonſtretur. Et cum igitur jure noſtro, contra cautionem & confeſſionem propriam, exceptio non numeratæ pecuniæ non niſi intra biennium admittatur, (aut ex communi opinione cum onere probandi etiam poſt) mulier quæ repetit dotem & profert chirographum mariti, vtique vincet: neque enim vſquam proditum eſt, quod in numeranda & ſoluendo dotem mulier ſpeciales aliquas ſolennitates teneatur adhibere. Nodus ſane in eo aliquis eſt, quod dos hodie fere non niſi poſt mortem mariti aut eo lapſo, bonis repetitur: Et cum vxor & maritus ſint perſonæ conjunctiſſimæ, & vix vlla hodie admittantur diuortia, vbi præſertim marito facultatibus lapſo dos reſtituenda eſt, facile poteſt intercedere fraudis ſuſpicio, ne forte maritus

ritus in commodum ſuum & liberorum & in præjudicium aliorum creditorum, aut quam non accepit, aut majorem dotem ſe accepiſſe confiteatur: quæ quæſtio non juris ſed facti, à prudente judice eſt definienda. Extra terminos fraudis omnino ſtatuendum eſt, mulieri competere hoc priuilegium ſi per confeſſionem mariti, ſe dotem numeraſſe probet. Et facit optime *l. in contractibus.* 14. §. 1. *in fin. Codic. de non numer. pec.* vbi Iuſtin. negat exceptionem non ſolutæ dotis, ſi poſt confecta inſtrumenta dotalia maritus ſe eam accepiſſe confeſſus ſit, vt omnino appareat, quod Lex ipſa fortiſſime pro confeſſione mariti præſumat: Plane creditoribus qui concurrunt, permittendum erit vt, ſi poſſint, fraudem admiſſam probent, de qua re *v. Dd. in leg. adſiduis. Cod. de jur. dot. inprimis Salicetum num. 7. &* 8. Mulieri & vxori competit hoc priuilegium: ſed quid, ſi ea præmortua ſit, an liberis repetentibus dotem idem dabitur, vt nimirum ita omnibus creditoribus præferantur, quomodo mater ipſa prælata fuiſſet? Communiter adfirmant Interpp. quibus contradicit *Ant. Faber. 8. conject.* 13. pro Dd. eſt textus in *d. l. adſiduis. 12. vers. exceptis Cod. de jur. dot. junct. N.* 91. quibus locis ait Iuſtin. ſe ſeruare liberis ſimilem prærogatiuam, tamquam ſi adhuc mater viueret. Reſpondet quidem Ant. Faber. hoc ſaltem ibi dici, quod liberi præferantur ſecundæ vxori, nouercę, quę non prior, ſed poſterior eſt. Mihi vero iſta reſponſio non ſatisfacit, quoniam ſi liberi præferuntur nouercæ, quæ ipſa omnibus anterioribus præfertur, ſequitur vtique, quod non tantum ſimplicem hypothecam, ſed etjam jus prælationis habeant: quod ſi non haberent, ſed ſaltem ſimplicem hypothecam, vtique nouercæ, licet priores eſſent, poſtponerentur, nec recte dici poteſt, quod jus prioritatis tantũ exerceant contra novercam, non contra alios creditores; & ratio non patitur, vt cum nouercæ præferuntur, quæ potentius jus habet, ceteris creditoribus, quibus nouerca præfertur, ipſi poſtponantur. Et quantumuis jus iſtud quod vxoribus dedit Iuſtinianus, ſit exorbitans, nihil tamen abſurdi eſt, vt idem defendamus in liberis, cum Iuſtiniano, qui liberos ex perſona matris admiſit. Et ſi quid videtur occurrere injuriæ, id compenſatur publica vtilitate, quæ ſpectatur in dotibus *arg. l. 1. ſol. matrimon.* cujus fauoris Iuſtin. & ipſos liberos participes eſſe voluit: & nimirum liberos ſolos, qui ijdem matri ſucceſſerunt: nam ceteris heredibus iſtud beneficium non competere [illegible] Interpp. [illegible] liberi quidem etiam, qui ſuccedunt matri, quatenus [illegible]

heredibus, extranei heredes dici poſſunt §. 3. *Inſt. de hered. qual.* Sed quatenus conferuntur cum alijs, ſane omnino extranei non ſunt, imo prorſus non ſunt: cum præſertim poſt *l. vn. C. de his qui ant. ap. tab.* liberi etjam hereditatem matris non aditam ad inſtar verè ſuorum vtiq; ad poſteros ſuos, transmittant. Ex quo reſpondetur ad argum. quo præcipue vtitur Fab. ex §. *fuerat. Inſt. de action.* quod beneficium id datum ſit vxori, vbi Ipsa de dote agit, cujus Solivs prouidentia hoc ſit diſpoſitum. Etenim dico quod mulier vbi opponatur nõ liberis, ſed heredibus alijs: Itemq; quod opponatur alijs, qui, vt frequenter accidebat, dotem dantes pro mulieribus, ſibi eam reddi ſtipulabantur: quibus noluit conſulere Iuſtinianus: Et omnino quod vno in loco deeſt, ſupplédum eſt ex *d. l. aſſiduis. vers. exceptis.* in quo nõ obſcure hoc priuilegium datur & liberis: quẽ locum male ita accepit Faber, quaſi ibi contra ſolam nouercam detur liberis prælatio: & imo ibi non continetur exceptio ad jus liberorum, vt male putat Faber, ſed ad jus vxoris: & hæc eſt Imp. ſententia & mens: quod vxor ſecunda præferatur omnibus creditoribus anterioribus, exceptis liberis prioris matrimonij, qui dotem matris ſuę petunt: itaq; deciditur ibi, ꝙ juris ſit, nõ in concurſu liberorum & creditorũ aliorum, ſed in concurſu liberorũ & nouercæ, quæ a-
3 liàs citra illã diſpoſitionem illis prælata fuiſſet. Addamus ex Interpp. duas ampliationis. Prima eſt, quod priuilegiũ hoc competat vxori, etjamſi matrimonium vt loquuntur, fuerit putatiuum, ſi modo ex parte vxoris bona fide fuerit cõtractum, vt in *l. adſiduis in fin. gl. magna C. Qui pot.* notat Accurſius: quoniam intereſt reipublicæ, dotem mulieri eſſe ſaluam vt nubere alij poſſit: & propter opinionem & bonam fidem vxoris cui nihil imputari poteſt, perinde habetur, ac ſi legitimum matrimonium fuiſſet: Et ad hanc rem bene faciunt textus in *leg. 2. §. pen. & vltim. leg. 3. & 4. de priuileg. cred.* (aliàs *leg. 17. cum ſeqq. de bon. aut. jud.*) *junct. l. ſi cum dotem 22. §. vltim. ſol. matrim.* ex quibus probatur, priuilegium perſonale etjam in tali matrimonio olim competijſſe vxori: à quo genere priuilegij Iuſtinian. in *dict. leg. adſiduis Codic. Qui pot.*
4 argumentatur ad priuilegium hypothecæ. Altera ampliatio eſt, quod etjam ſponſa beneficio iſto & priuilegio fruatur. Idque non tantum in ſponſa de præſenti, vt hodie loquuntur, ſed & in ſponſa de futuro, quæ ſola vere ſponſa eſt, & quam ſolam ſponſam Leges noſtræ norunt. Et probatur hoc eodem argumento: Quod ſcilicet in quo caſu & cui olim perſonale priuilegium exigendi dabatur,
eidem

eidem debet hodie concedi priuilegium reale. Atquin ſponſæ non minus olim quam vxori perſonale priuilegium conceſſum fuit, vt oſtendunt textus, quos in ampliatione priori adduximus. Et ſanè militat hîc eadem ratio: Et neque enim decipi debet, quæ ſecuturi matrimonii ſpe, licet maturius dotem numerauit, & quæ niſi reſtituatur, ipſa alii nubere non poſſit. Nec motor quod in §. *fuerat. Inſt. de action.* *Zaſius* obiicit, quod rationes, in *pr. d. l. adſiduis. C. Qui pot.* hîc ceſſent, periculum partus, & quod vir vtatur corpore ipſo vxoris & eius ſubſtantia. Etenim ſufficit, vel quod vir & ſponſus dote jam numerata, fruitur ſubſtantia & pecunia ſponſæ, vel quod ſufficiat, hac intentione à ſponſa eſſe dotem datam, vt corpus ſuum quoq; permitteret marito: quod vbi ex accidenti aliquo non contingit, non ob id ſponſa in repetenda dote deteriori debet eſſę jure. Et prorſus rationes ceteræ ſunt coadiuuantes, principalis autem ratio, quæ vt ita ſtatueret Juſtin. eum mouit, hæc fuit vnica, vt mulieribus ſalua eſſet dos, qua amiſſa non facilè aliam conditionem reperire poſſe creduntur. Et quãuis *Cyn. in d. l. adſiduis. n.* 13. magis neget iſtud beneficium in terminis putatiui coniugii, ipſe tamen fatetur, opinionem alteram Iohannis vbique eſſe receptam: & conſequenter verum haud videatur, quod Zaſius alteram illam opinionem, quæ huic priuilegio negat eſſe locum in matrimonio putatiuo, approbatam communius eſſe affirmat.

CAP. XIV.

De concurſu duarum hypothecarum priuilegiatarum.

SImplices hypothecę cõcurrentes ex tempore prę̨feruntur aut poſtponuntur: ſin concurrat ſimplex hypotheca, & priuilegiata, prælatio non eſt ex tempore, ſed ex cauſa, ſicut in chirographariis pluribus accidit: itaque poſterior hypotheca priuilegiata, ſimplici hypothecæ licet tempore priori antefertur. Ex quo ſi concurrant duæ hypothecæ priuilegiatæ, aut attendentur priuilegia, & altera alteram impediet, dum altera potior eſſe vult altera, (quod ratio æqualitatis priuilegiorum non patitur) aut neceſſario detrahenda hic erunt priuilegia, ſiquidem priuilegiatus contra æquè priuilegiatum non poteſt vti

priuilegio probare oportebit. At enim cum iſta priuilegia hypothecarum in eo ſint poſita, vt præferantur anterioribus hypothecis, vbi vtraque hypotheca prætendit & habet priuilegium, nihil eſt ex quo alteri altera præferatur, ſine apertiſſimo textu: quo deficientes rurſus neceſſum eſt dicere, quod vna alteri ex tempore præfertur. Et vt hoc in hypotheſi tractemus, ponamus hinc eum, qui ſub hypotheca credidit in rem emendam aut reparandam, quæ hypotheca priuilegium habet, *l.licet.7.C Quipot.* hinc mulierem, quæ itidem ex *d.l.12. Cod. Qui potior.* & ipſa habet jus prælationis, dico, quod neutra alteri præferatur, ex priuilegio, ſed quod qui prior tempore eſt, ſit potior jure: quæ eſt ſententia *Accurſii in N. 97. c. 3. verb. poſterior.* quam probant *Cynus & fore ceterum Auth. quo jure. C. Qui pot.* & eam communem eſſe vel hinc apparet, quod *Salic. in d. auth.* vbi contrarium defendit, à ſe dicta tamquam inaudita, notanda eſſe monet: apparet & magis ex his quæ tradit *Couarruu. 1. var. reſol. 7. n 2. & 3.* eandemq; opinionẽ ex recentioribus probat *Cuiacius in notis ad anim. Roberti. lib. 3. c. 14.* quod nimirum inter mulierem, & eum qui credidit in rem emendam, ſit ordo temporis, quam & ego contra *Robertum. 3. animad. 14. & A. Fabrum. 8. coniect. 11.* probo: ex ratione ſupra propoſita, & textu in *N. 97. cap. 3.* rectè intellecto & explicato: nam eodem textu Rob. & Faber ad probandam ſententiam ſuam abutuntur. Planè cum fatente Fabro ſanctio Juſtiniani, qua mulierem omnibus anterioribus præfert, ſit exorbitans & repugnet rationi juris communis, tanto magis ea eſt reſtringenda vt tantum, quod & ratio ſuadet, obtineat, contra ſimplices anteriores hypothecas, non etiam contra anteriores priuilegiatas: & ſecundum hoc textus dubii, & quorum ſententia eſt controuerſa, ſunt explicandi: Et pro iſta verò interpretatione facit ratio & ordo quæſtionis propoſitæ in *d. N. 97. c. 3.* vbi juniores aliquas hypothecas, antiquioribus aliquando Juſtin. ait præferri, & inde deſcendit ad quæſtionem de muliere concurrente: vt non obſcurum ſit illud quæri à Juſtiniano, an hypotheca illorum, qui v. c. in rem emendam crediderunt, qua aliis anterioribus præferuntur, etiam ſit potentior mulieris hypotheca, quod ibi negatur, & proinde aliud erit, ſi illa hypotheca ſit antiquior quam hypotheca mulieris. Quæ nunc Juſtiniani ex verbis illis confirmatur: *Veniat autem & alius creditor, poſterior quidem*, quem negat mulieri præferri Juſtinian. Ergo præferetur, ſi ſit muliere prior, Reſpondit quidem hic jam olim Salicet, quod poſterior dicatur,

Digitized by Google

dicatur, non ratione mulieris, ſed ratione aliorum creditorum, quorum ibidem mentio fit: Verum, quod reſpectu mulieris dicatur poſterior, illud euincit, quod Juſtinian. ibi loquitur de dote antiqua, & quæ talis ſit reſpectu creditoris, de quo principaliter ibi quæritur, & videlicet priuilegiati, & qui an præferri debeat mulieri ibidem tractatur, & quo ſenſu aliæ hypothecæ in *pr. d. cap.* 5. dicuntur antiquiores: eodem & dotem eiuſque hypothecam antiquam ibidem appellari, rationis eſt. Et porrò cetera, quod reſpectu mulieris ille creditor poſterior dicatur, euincunt. Ita enim habent verba in vulgata editione, (quæ textui Græco veriſſimè reſpondet) *Si mulier prætendens priuilegium ſuper antiqua dote, aliis velit præferri creditoribus, veniat autem & alter, poſterior quidem, ſed priuilegiatus*, *&c.* vt omnino appareat principaliter ibi de jure prioritatis inter mulierem & hunc creditorem poſteriorem priuilegiatum tractari, qui & ipſi mulieri nolebat præferri: quod non admittit Juſtinianus. Præterea facit *cap.* 4. N. 97. in quo limitatio eſt *ad cap. præced.* & is qui ad militiam emendam credidit, ſpeciali fauore mulieri præfertur: Et falſa eſt explicatio Fabri, quod ille prius crediderit pecuniam, quam mulier dederit dotem: neque enim aliàs tam multa exigeret Juſtin. *in d. c.* 4. quibus præſumptio fraudis contra dotem & mulierem excludatur. Et igitur ex tempore mulier prior præferetur ei qui poſtea in rem emendam credidit: Et ita ſatis ei fauetur, cum ille aliàs omnibus ceteris anterioribus præferatur: nimirum jure priuilegij, quod annexum eſt hypothecæ, de quo tractatur in *dict.* N. 97. non autem de priuilegio perſonali exigendi, vt ineptè quidam putant, quorum d. loco Robertus meminit, decepti per *auth. quo jure. C. Qui pot.* quam malè formauit Irnerius, & quem hoc nomine reprehendunt ib. *Cynus & Salic.* vbi verbum *perſonale* ſuperfluum eſſe notant. Illud demum obiter hîc moneo, cauendum eſſe à Dd. qui in hac & alijs id genus quæſtionibus ita diſputant, ac ſi ſecus eſſet, ſi quis tacita hypotheca quam ex Lege habet, non fuerit contentus, ſed ſimul hypothecam expreſſam acceperit: cui cauſam dedit vulgatus error, quo exiſtimant, mulierem tantum hypothecam tacitam habentibus creditoribus præferri: quod ſupra confutauimus.

CAP. XV.

De his qui in priorum creditorum locum ſuccedunt.

1. *Submoto primo ſuccedit ſecundus.*
2. *Poteſt & alius ex pacto ſuccedere.*
3. *Quæ ad id ſint neceſſaria.*

HActenus prima pars huius libri de prioritate creditorum vel ex tempore vel ex priuilegio: quorum jure durante, alii creditores interim excluduntur. Sequitur vt jam videamus quid juris ſit, ſi priores creditores ſint dimiſſi & ſubmoti, an & quatenus ſequentes aut alii in eorum locum ſuccedant, & eorum jure vtantur. Et ſubmouetur prior creditor, ſi debitor ei ſoluerit pecuniam, ſiue aliud quid fecerit, quod jure noſtro eſt pro ſolutione. Quo pertinent omnes pene modi quibus ſoluitur obligatio, & inprimis ſolutio, ſiue vera ſiue ficta: qualis inducitur per nouationem, acceptationem, compenſationem, *l. ſi debitor 4. Qui pot.* Ex quo neceſſum fuit recipere, vt nouatione facta pignora repeterentur, vt creditor prior in ſui ipſius locum ſucceſſiſſe videretur, vt ſupra *ex l. 3. Qui pot.* & aliis textibus tractauimus: aliàs enim per nouationem ſoluta priori obligatione, poſterior creditor in prioris locum ſucceſſiſſet. Vt autem ſucceſſioni huic ſit locus, oportet, vt eo tempore, quo prior creditor dimittitur, in bonis debitoris adhuc ſit res obligata: quod per argum. à maiori probatur ex *l. 2. de pignor. act.* quæ docet, quod nec per conventionem quidem, ſuccedere quis poſſit in locum primi creditoris, nec ſi ipſe pecuniam numerauerit, niſi res fuerit in bonis debitoris tempore conuentionis: & ea cauſa eſt, ob quam in ſpecie *l. qui balneum. 9. §. vlt. Qui potior.* Mæuius in locum Titii primi creditoris ſuccedere non poteſt, quoniam eo tempore quo Titius dimittebatur, fuerat res jam in alium translata. Quod limitandum & declarandum eſt juxta *dict. l. 2. de pign. act. & d. l. 9. §. vlt. Qui potior.* Et in *d. l. 2.* ille de quo quæritur, ab initio rem pignori non acceperat, ſed cum jam res eſſet alienata, pecuniam dedit, qua prior creditor dimitteretur. Et rurſus in *d. l. 9. §. vlt.* aliena res initio data pignori fuerat: quem locum plenius ſup. *lib. 2. vbi de pign. rei alienæ,* explicauimus: Ceteroquin

ceteroquin vbi res ab initio debitoris & poſteriori creditori rectè obligata fuit; non poteſt debitor alienando ei præiudicare, nec efficere, quominus in prioris creditoris locum ſuccedat. Et porrò ſuccedit hîc ſecundus creditor, quocunque modo & cuiuſcunque pecunia prior creditor fuerit dimiſſus. Ratio enim juris hoc facit, vt ſublato jure pignoris, quo ad primum creditorem, ſecundi jus in pignore, quod & ipſi in hunc euentum obligatum eſt, confirmetur, niſi tamen vel à tertius creditor vel alius etiam extraneus, dum pecuniam ſoluit, de pignore conuenerit; & nimirum de hac lege, vt jus creditoris primi in ſe transferretur, numerat pecuniam: tum enim hic in locum & jus prioris ſuccedit, ceteris creditoribus ſuo loco & ordine manentibus, qui nec de iniuria ſibi illata conqueri poſſunt; quippe qui, niſi pecunia ſoluta fuiſſet, eodem loco manſiſſent, & quibus itidem pecuniam offerendi & pignus ſuum confirmandi jus eſt. Quæ plenius ſunt explicanda. Et quilibet poteſt pecuniam ſoluere creditori, quo facto & ita liberato debitore, & ſoluto hactenus pignore, neceſſario creditor ſequens in locum prioris dimiſſi ſuccedit. Et de eo quid juris ſit, circa oblationem & ſolutionem creditori factam ſeparato cap. poſtea agemus. Hîc autem tractamus caſum, quo debitori ſoluitur pecunia, quæ priori creditori debetur. Et hic ſanè poteſt quisq; qui ita ſoluit, rectè paciſci, vt jus creditoris, ad quem pecunia peruenit, ad ſe transferatur. Vbi, quod rectè notant Dd. in *l. 1. C. de his qui in prior. loc. ſucc.* neceſſum eſt, vt & pecunia ad creditorem priorem perueniat, & ille dimittatur, in cuius locum aliàs non poteſt ſuccedi: ceteroquin pignus quidem ille, qui pecuniam dedit, ex pacto habebit, ſed poſt alios creditores. Et enim neceſſe quoque eſt, vt de pignore pactio interueniat: ceteroquin, ſi quis ſimpliciter debitori pecuniam dederit, imo etiã adiecerit, vt numeretur priori creditori, & ea quoq; ipſi numerata fuerit, non propterea pignus ſibi vindicare poterit. Quod ſi autem de pignore conuenerit, quod prior creditor habet, & hoc ſimul actum ſit, 3
vt ea pecunia is dimittatur, & ille dimiſſus ſit, tum ille qui ſoluit, in locum primi creditoris ſuccedit. Non verò puto neceſſum eſſe, hoc quoque adiici pacto, vt qui ſoluit, in primi creditoris locum ſuccedat: Et ſatis enim hoc ſubintelligitur, poſtquam & pignus contractum, & præterea, vt creditor primus illa pecunia dimitteretur, conuentum fuit, vtique enim fit ille ita hypothecarius creditor, nec dubitatur, quin creditor hypothecarius ſecundus pecunia ita ſoluta, ſuccedat in

Digitized by Google

numerauit pecuniam, pactus eſſe, vt idem prędium ſibi eſſet hypothecæ. Et ad eundem modum in caſu non diſſimili, *in l. 2. de pign. act.* proponitur conueniſſe, vt res pignori eſſet: & tot textus euitare aut eludere potius, quaſi tacitè id actum eſſe ſufficiat, oppidò quam difficile eſt: quod ego in medium relinquo.

CAP. XVI.

De eo qui rem pignoratam emit à debitore, & an ſit meliori jure quam qui alias pecuniam numerarunt.

1. *De eo qui pignus emit à debitore, & pretium peruenit ad creditorem.*
2. *Ad l. 3. Quæ res pign.*
3. *Quomodo ſuccurratur emtori.*

DIximus priori cap. de his, qui pecuniam numerant, vt ea ad priorem creditorem perueniat: in quibus terminis non intereſt, an creditor hypothecarius poſterior pecuniam numerauerit, an creditor chirographarius, an etiam qui planè creditor non fuit: modo hi duo poſteriores pacti ſint de pignore, juxta dicta *cap. præc.* Quæritur autem, ſi quis à debitore rem emerit, & pretium ſolutum ad creditorem peruenerit, an potiori ſit jure? Illud quidē conſtat, non obſtare emtionē, quominus creditor ſecundus pecuniā ipſi offerre poſſit quin, & nec oblata pecunia quiuis creditor hypothecarius jus habet perſequi rem venditam à debitore. Sed illud hic quæritur, ſi pecunia quam emptor ſoluit pro re pignorata peruenerit ad creditorem primū, an hoc ſufficiat, vt emtor ſe defendere poſſit contra creditores alios, an & hic neceſſum ſit, vt pactus ſit de pignore, itemq; in prioris creditoris locum ſuccedat, vel prior creditor pecunia illa dimittatur. Et videtur non opus eſſe duplici iſta pactione, ſed ſufficere vt poſſeſſio tradita ſit, & pretium ad creditorem peruenerit: non quidem ad hoc vt emptio ſit irreuocabilis, ſed vt quicunq; creditor, vtens actione Seruiana cogatur offerre, quantum de pretio ad creditorem priorem peruenit: nam & primus creditor rem quam tenet, cogitur reſtituere ſecundo, ſi totum quod ipſi debetur, offeratur. Et illud videtur cōfirmari ex *l. 3. de diſtr. pign.* vbi ICtus ait, emptori offerendum eſſe quicquid ad alium credi-

creditorem de nummis eius peruenerit: nec vlla pactionis illius ſit mentio: pro qua eadem ſententia faciunt textus in *l. cum. 17. Qui potior. l. pen. Cod. de his qui in prior: loc. ſucc.* vbi dicitur, quod pignoris emptor, cuius pecunia creditores dimiſſi ſunt, in earum locum ſucceſſerit. Et videtur hîc eſſe effectus poſſeſſionis adquiſitæ, *argum. l. cum ex cauſa 9. C. de remiſſ. pign.* ex qua probatur, quod qui à creditore, cui ſoluit, pignora accepit, ipſe ea cenſeatur pignoris loco habere: quamuis ſanè alia ſit ratio poſſeſſionis, quam accepta pecunia creditor tranſtulit, & eius quam tranſtulit debitor, quippe qui non niſi cum ſua cauſa & onere transferre rem poteſt, nec vſquam legimus, quod qui rem à debitore quocunque titulo accepit, in ea jus pignoris conſequatur: quod tanto minus dici poteſt in terminis pignoris emti, cum emptor dominus fiat, nec cuiquam regulariter res propria pignori poſſit eſſe obligata. Et rurſus tamen hæc obiectio non impedit, quominus quaſi cuiusdam pignoris jure poſſit res eſſe apud emptorem, præſertim cui res per creditorem alium per actionem Seruianam auferri poteſt, per ea quæ diximus *ſup. lib. 2. c. 14.* idque ex *Bart. & aliis notat Neguzant. p. 5. memb. 3. n. 3. vers. tamen eſt.* quod quia res poteſt ab emptore auocari per creditorem, loco pignoris ea retineri poſſit per *l. pen. §. 1. de exc. rei jud.* Sed porro pro eadem prærogatiua emptoris eſt textus in *leg. Aristo. 3.*

2 *Quæ res pign. obl.* Tractatur ibi in pr. de ſucceſſione alicuius in locum creditoris hypothecarij: & vt hoc fiat, opus eſſe docetur, vt & de pignore & de dimittendo priore creditore conueniatur: (vt diximus *cap. præced.*) neque enim, inquit JCtus, in jus pignoris ſuccedere debet, qui nihil de pignore conuenit: mox ſubiicit hæc verba: *quo caſu emptoris melior efficietur conditio*, quibus verbis videtur probari, quod jam tractamus, nimirum in perſona emtoris aliud eſſe, & quod ille etiam citra eiusmodi pactiones in jus creditoris ſuccedat. Et ita ſanè *Cuiac. ad Paulum lib. 3. quæſt. in d l. 3.* emptoris potiorem eſſe cauſam cenſet, qui emit à debitore pignus, & cuius pecunia peruenit ad primum creditorem: quàm alterius, qui ſimpliciter hac lege mutuam dedit pecuniam, vt dimitteretur anterior creditor: & quod hic quidem hypothecam non habeat, niſi eam ſibi conuentione propria quæſiuerit: ſed ille hypothecam conſequatur hoc ipſo, dum in poſſeſſionē rei pignoratæ venditæ inducitur. Et hæc *ex d. l. 3.* ad noſtram quæſtionem pertinent: Sed quia in hunc locum incidimus, qui paulo eſt obſcurior: & illud porrò quod eſt in *vers. Deniq; ſi antiquior.* euoluamus.

Redit

Digitized by Google

Redit ibi JCtus ad eam ſpeciem, qua qui ſimpliciter pecuniam dedit, pactus eſt de jure pignoris, & vt pecunia data prior creditor dimittatur: Quomodo ſi conuentum ſit, adeo jus creditoris prioris in hunc tranſire docet JCtus, vt ſi ex pacto (quod conuenit rationi juris communis) primus creditor habeat jus diſtrahendi, id tranſeat in iſtum creditorem cum jure pignoris, licet ipſe pactus ſit, ne ſibi vendere liceret, idque oſtendit ſubiecta ratio: quod ſcilicet habeat ex perſona alterius creditoris, in cuiꝰ locum ſuccedit, quod (obſtante pacto) non haberet ex ſua perſona: quod pactum non quidem omnino impedit vendendi jus, ſed tamen, vt id difficilius liceat, facit. Itaque vt maior eſſet dubitandi ratio, adiecit JCtus hoc actum fuiſſe cum ſucceſſore, ne liceret vendere pignus: quod ſi enim nihil de hoc dictum ſit, jure communi vendere pignus licebit. Hæc obiter ad *vers.* poſteriorem *d.l.3.* Iam vt redeamus ad rem noſtram: ſententia illa, pro qua hactenus diſputauimus, quod qui emit rem à debitore, ſuccedat in jus primi creditoris citra vllam pactionem, non videtur rationi juris ſatis cõuenire. Nihil enim apprehenſio poſſeſſionis poteſt facere ad inducendum jus pignoris, ſine pacto de pignore, cum tranſlatio poſſeſſionis & traditio alium habeat finem: vt profectò abſurdum videatur ſimplici emptori hoc jus tribuere, contra communem rationem juris. Itaque *Accurſ. in l.3. C. de his qui in prior. cred. loc. ſucc.* putat & ponit, emptorem ſimul fuiſſe creditorem hypothecarium, ſed poſteriorem: quam explicationem omnino faciunt probabilem verba, *ſi potiores creditores.* quæ alios creditores potiores, & adeo ipſum quoque emptorem creditorem, ſed poſteriorem fuiſſe, arguunt. Et ita quoq; poteſt explicari *d.l.17. Qui potiores.* vbi quis à debitore ſuo emiſſe dicitur: Et ergo emit creditor: & quid ni igitur creditorem hypothecarium intelligamus? Quam interpretationem, vt ponamus tractari de creditorum concurſu & prælatione, ipſa quoque ſuadet rubrica. Et quod attinet *ad l.3. §.1. de diſtract. pign.* ſine abſurditate pactionem aliquam ibi præſupponemus: ſiquidem, vt diximus, non conuenit juris rationi, vt qui ignorantibus creditoribꝰ rem emit à debitore, & non niſi ſimplex emptor eſt, protinus citra pactionem vllam ſuccedat in locum primi creditoris, & jus pignoris conſequatur. Et in *d.l.3.* quæſtio principaliter tractatur, de offerendi facultate, an emptori poſſit offerri. Vbi ratio dubitandi erat, quod ei qui rem à creditore emit, offerri nõ poteſt: ſed ſupra *lib.3.* longè diuerſam inter hunc & qui à debitore emit, di-

Google

ximus eſſe rationem, quod idem docet JCtus in *d.l.3. de diſtr.pign.* ce-
teroquin quoad iſtam quæſtionem quam tractamus, & de qua prin-
cipaliter in *d.l.3.* nõ agitur, habiles termini ex aliis locis & textib⁹ ſunt
ponendi. Sed enim ſi iſta ſtatuimus, rurſus *d.l.3. Quæ res pign.obl.* ſcrupu-
lum mouit, quæ meliorem facit conditionem emptoris. Et in quo ve-
ro ea melior erit, ſi nec emtor citra pactum de pignore in jus prioris
creditoris & eius pignus ſuccedit? Si ponamus emptorem, qui idem
ſit creditor hyppothecarius, meliorem hactenus dicam eſſe eius con-
ditionem, vt non ſit neceſſaria pactio de dimittendo creditore priori,
& ſufficiat omnino, ſi modo pecunia ſoluta fuerit creditori. Sed expli-
catio hæc non extricat nodum, quem propoſuimus ex *d.l.3.D. Quæ res
pign.* in qua perſpicuũ eſt nõ proponi aut tractari caſum talis emtoris,
qui ſimul ſit creditor hypothecarius, ſed de eo qui mutuam pecuniam
dedit creditori, aut emit pignus, cum antea jus nullum pignoris habe-
ret. Etenim ibi JCtus pactum vt ſit de pignore omnino requirit, &
nihilominus meliorem emptoris conditionem eſſe ait. Et emptoris
igitur conditionem, juxta *d.l.3.* oportet eſſe meliorem, vel vt non ſit
pacto opus, vt ea pecunia creditor dimittatur: vel vt non ſit opus pa-
cto pignoratitio, vt res ſit obligata pignori. Et vtcunq; enim hoc in *pr.
d.l.* in eo qui non emit rem requiritur: & in emptore, ſiquidẽ eius con-
ditio melior eſt, alterutrum ſufficere oportebit. Quod ſi ſequimur ver-
ba & mentẽ JCti, cum ille bis requirat pactum de pignore, & poſt ſta-
tim ſubiiciat, meliorem emtoris eſſe conditionem, fatendum erit ex
ſententia JCti, in hoc emtoris eſſe conditionem meliorẽ, vt pactione
de pignore non ſit opus. Et hoc quoq; magis rationi conuenit, vt prius
illud de dimittendo priore creditore omnino ſit neceſſarium, vtcunq;
enim emtor de pignore paciſcatur, ſi ſimpliciter numeret pretiũ, pign⁹
quidem habebit, ſed in prioris creditoris locũ, de quo dimittendo ni-
hil actũ eſt, non poterit ſuccedere. Et ſane poſtquã hoc actum eſt inter
debitorẽ emtorẽq;, vt ex pretio creditor prior dimittatur, mox emtori
poſſeſſio rei traditur, quaſi tacitè pignus contrahi videatur, *arg.l.3.C. de
his qui in prior.loc. & l.ſi ex cauſa.9.C.de rem pign.* Quin imo cum venden-
do hoc agatur, vt emptor dominium conſequatur, minus videatur cõ-
uenire, vt de pignore debitor & emtor pacti proponantur: quia pignus
regulariter cum dominio non cõcurrit: &, ſi quod jus pignoris emtori
neceſſarium fortè fuerit, id ex apprehenſione poſſeſſionis, poſt pactio-
3 onem de dimittendo priori creditore, citra aliam pactionem ei dicem⁹
eſſe quæſitum. Et hinc expeditur difficultas, quam mouet *Neguz.p.5.m.
3.n.3.*

3.*n.3. vers. Sed in prædictis.* quomodo hic emptor poſſit obtinere, vt ſibi à ſecundo creditore ſoluatur pecunia, quā pro re numerauit. Loquitur ille obſcurè & ambiguè, nec ſatis intelligo, an aliquid pactum nec ne præſupponat: videtur tamen velle, hoc ſolum pactum fuiſſe, vt pecunia prior creditor dimittatur. Et, vt plenius & accuratius hoc tractem⁹, quæritur aut de actione iſti emtori danda, aut de exceptione. Et pro certo hoc ponit Neguz. quod citra pactum expreſſum non competat emtori iſti actio Seruiana, de quo tamen ex eo quod de tacito modò pignore diximus, dubitari poſſit. Sed præterea, vt modò etiā attigim⁹, non eſt veroſimile agi de pignore inter emtorem & venditorem, cum id agatur vt dominium ex juſta iſta cauſa & habili titulo transferatur. Neq; verò emtori actio hypothecaria neceſſaria videtur, cū jure communi tamquam dominus poſſit vti ſpeciali rei vindicatione. Qua, ſi, amiſſa forte poſſeſſione experiatur contra creditorem Secundū, & hic de pignore excipiat, crediderim exceptionem hanc elidi poſſe replicatione emtoris, quod pecunia ab ipſo numerata ad creditorem peruenerit, quod ſi factū non fuiſſet, creditor ſecund⁹ in ſuo ordine manſiſſet: vt hactenus videatur quaſi jus prioris creditoris in emtorē translatum, & emtor hac conſideratione jure quodā creditoris & pignoris ſe tueri poſſit. Quod ſi replicationem damus emtori, multo magis ei conuento à creditore ſecundo dabimus exceptionem: de qua, terminis iſtis poſitis, quibus ex pacto pecunia peruenit ad creditorem, nec poſſit quidem dubitari. Videtur autem Neguz. *d. loco* putare, quod ſi pecunia modò peruenerit ad creditorem, emtor defendatur exceptione, licet nihil de eo ſit conuentum. Quod ego quidem vix admiſerim, vt quod ex accidenti contigit, & ſine pactione vlla, & quod videlicet pecuniam acceptam, debitor numerauit creditori, pariat emtori exceptionem. Et ita enim non emtorem ſolum, ſed quemcunq; alium, qui pecuniam dedit debitori ſimpliciter, quam ipſe acceptā creditori ſoluit, hac exceptione defendemus: quod profectò à ratione juris abhorret: vtcunq; ita exiſtimare videātur, quos Neguz. d. loco probat, qui ſe fundant in *l. 1. Qu. rb. mod. pign. ſolu.* vbi agitur de eo qui citra emtionem ſoluendo creditori pecuniā, pignora liberauit. Sed nihil iſte textus ad rē facit, in quo is, qui citra emtionē pignora liberauit, opponitur emtori, & tali emtori, qui ab ipſo creditore rem comparauit, cui offerri nō poteſt, ſed illi poteſt, ita vt ſi non ſoluatur ei pecunia, creditorem offerentem exceptione repellere poſſit: cuius rei aperta hæc ratio eſt: quia ipſi creditori qui rē diſtracturus erat, pecuniam ſoluit, & qui creditor

Digitized by Google

poſſeſſionem pignorum in eum tranſtulit: at nos quærimus de eo qui pecuniam numerauit debitori, ſine vlla pactione, vt ea perueniret ad creditorem, ſed debitor fortè ex accidenti aut interpellatus (cum aliàs in vſus alios pecuniam eſſet impenſurus) eam creditori ſoluit: quod ad exceptionem parandam non videtur ſufficere.

Capvt XVII.

De eo qui pecuniam ſoluit creditori.

C*Ap. præced.* egimus de eo qui ſoluit debitori, cum pacto pignoris, aut ſaltem vt pecunia ad creditorem perueniat: jam videamus de eo qui ipſi creditori ſoluit pecuniam. Et conſtat, quod quiuis creditori poſſit pecuniam ſoluere, ita vt liberetur debitor: ſed illud hîc quæritur, quomodo ſoluendum ſit, vt qui ſoluit, jus creditoris cui ſoluit, conſequatur. Obiter hîc illud quæri poſſit, an creditor etiam ſolutionem quam alius offert, admittere cogatur. Et in terminis ipſius debitoris ſoluere volentis, notiſſimum eſt remedium juris, vt pecuniam obſignet & deponat: quo facto pignora liberantur. *l. acceptam. 19. in f. Cod. de vſuris.* Et poſtquam jura permiſerunt, vt quiuis ſoluere pro alio poſſit, crediderim & hoc permiſſum, vt pecuniam & hic obſignare & deponere liceat, vt poſtea ſi creditor agat ſiue perſonali ſiue hypothecaria, repellatur exceptione. Sed iſtud non valde ad hanc rem pertinet: & vbi pecuniam non accipit creditor, vix de jure eius in alterum transferendo aut translato quæri poteſt. Et in præcedente qui conuenitur actione Seruiana, minor dubitatio eſt, quin ipſe ſoluendo & paciſcens, jus creditoris in ſe transferre & conſequi poſſit. Et idem tamen eſt, ſi quis non poſſideat & ſoluat, & de pignore paciſcatur. Neque exiſtimandum eſt, hic opus eſſe conſenſu debitoris, quaſi pignus non poſſit niſi à domino conſtitui: quoniam non quæritur hic de pignoris noui conſtitutione, ſed de pignoris conſtituti & juris quæſiti, in eum qui ſoluit, translatione. Et cum quiſque jus ſibi adquiſitum alteri cedere poſſit, quid ni etiam jus pignoris creditor cedere & transferre in alium poſſit? Et quod poſſidenti poteſt, idem etiam vt non poſſidenti rectè cedatur ratio facit, neque enim poſſeſſio, quæ præſertim ad jus pignoris non eſt neceſſaria, quidquam hic momenti facere poteſt. Et notat hoc Accurſius in *l. creditor. §. pen. Qui potiores*

Digitized by Google

tioret: quod quis ex pactione cum ſolo creditore inita, in eius locum & pignus ſuccedat, quamuis hoc *ex d.l.12. §.pen.* non ſatis probari videatur: & ea rectius enim de pacto cum ipſo debitore facto, explicatur: quippe proponitur creditor Tertius, aut vt vulgo, Titius, permiſiſſe, vt pignora diſtraherentur, & ex ea pecunia dimitteretur creditor prior, vt ipſe in pignora & locum huius ſuccederet: Et ergo cum pignora ſeparata & propria haberet Tertius, & alia Primus, intelligitur Tertius permiſiſſe, vt pignora diſtraheret debitor, non creditor primus: idque etiam ſuadent verba, *vt priori ſoluta pecunia, &c.* & nimirum per debitorem. Sed vtcunq; nihil faciat iſte textus, ſufficit ad probandum, quod diximus, ſola ratio: & facit pro ea ſententia textus in *L. inſulam. 13. Qui potiores.* vbi dominus qui inſulam locauerat, & pro mercede pignora à conductore acceperat, inſulam vendidit, ſibi datorum citra vllum conſenſum conductoris, cum emptore pactus proponitur: facit etiam *l. pen. de diſtr. pign.* vbi dicitur, quod creditor pignus vendens jus ſuum cedere debeat, cedit autem etiam debitore ignorante. Sed iſtud, vt puto, controuerſum non eſt. Nec quidquam hic intereſt, an qui ſoluit, & de pignore paciſcitur, plane creditor non ſit, an ſaltem ſit creditor chirographarius, vt videlicet ex pacto in jus creditoris hypothecarii, cui ſoluit, ſuccedat,. Quod ſi enim pactus nihil ſit, perinde eſt: ac ſi debitor ipſe ſimpliciter ſoluiſſet priori creditori, quo dimiſſo in locum eius ſuccedit creditor hypothecarius ſecundus, nec quidquam juris, qui ſoluit, conſequitur. Sed eiusmodi pactio in ſecundo creditore hypothecario, qui ſoluit, neceſſaria non eſt, quippe qui etiam, vt diximus, ſi ipſe debitor vel alius ſine pacto de pignore ſoluat, protinus cum jam antea pignus in re habeat in locum dimiſſi creditoris ſuccedit. Et ita hic jus eſt, vt creditor prior accipere cogatur pecuniam oblatam, & ſi non accipiat obſignante eam debitore & deponente, idem tum effectus ſequatur, ac ſi eam accepiſſet, vt videl. jus prioris creditoris in pignore infirmetur, & hypothecaria actio moueri amplius cum effectu ab eo non poſſit; confirmetur autem jus ſecundi, & is tamquam prior non tantum exceptione ſe defendere, ſed etiam Seruaniana actione obtinere & vincere poſſit, quoniam exceptio juirs pignoris, replicatione pecuniæ oblatæ & depoſitæ repellitur. Et hoc jus offerendi habet creditor poſterior, ſiue ipſe poſſideat, ſiue creditor prior poſſideat, ſiue etiam poſſideat neuter: quæ probantur in *l. 1. C. Qui potiores.* vbi vt obiter addam, poſtrema ver-

 ba,

ba, *nec in vſus ſuos conuerterit,* ſignificant, ſi creditor ſecundus pecuniam priori oblatam, obſignatam & depoſitam in ſtatu ſuo reliquerit, neq; eam ad ſe receperit, quod eum ſicut & debitorem, qui depoſuit pecuniam, facere poſſe conſtat, *l. debitor. 7. de vſuris junct. l. acceptam. 19. in fin. C. eod.* ibi, *niſi forte jus receperit.* Idem eſt in *l. prior. 5. C. Qui pot.* quod poſteriori offerendo, pignus ſuum confirmet: textus optimus in *l. potior. 11. §. vlt. D. eod.* vbi in his terminis dicitur, priori inutilem eſſe hypothecariã actionem, cum per eum ſtet, quominus pecuniam habet: Et ita ſoluens creditor ſecundus confirmat pignus & jus ſuum, (& tale jus conſequitur, quale habuit is cui ſoluit) non tantum in ſummam, quam ipſe credidit debitori, ſed etiam in pecuniam, quam creditori priori ſoluit: in hanc, quoniam illi ſuccedit: in illam, quia priori ſubmoto, ipſe jam incipit eſſe primus: ponimus enim, ſecundum creditorem & proximum à primo pecuniam ſoluiſſe: Et ſecus enim erit, ſi hypothecarius Terti^9^ creditor primo pecuniam ſoluerit, cui hic ſuccedit, & fit potior, nõ in ſumma, quam ipſe credidit debitori, ſed in ſumma tantum, quæ debebatur primo, & quam ſoluit, quoniã alias creditori ſecundo fieret iniuria: Et conſequitur adeo hic tertius creditor jus & naturam eius creditoris, qui ſolus initio primò & pòſt tertio loco poſt alium pecuniam credidit: qui v. c. cum primo credidiſſet centum ſub pignore, cum interim Titius ſub eodem pignore credidiſſet quinquaginta, mox & ipſe rurſus ſub eodem pignore tertio credidit alia centum: quia, vt ſupra diximus, tantum jus prioritatis habet, quo ad ea centum quæ primo loco credidit, non etiam quoad poſteriora centum. Ex quo fit, vt ſecundus creditor, proximus à primo, qui confirmando pignore ſuo, tantum habeat neceſſe offerre ſummam quæ Primo debetur, cum quo ad alios creditores ipſe ſit potior. Iſta diſtinctius & per partes ſunt confirmanda. Diximus 1. creditorem ſecundum qui ſoluit priori, in vtraque ſumma & pecunia jam incipere eſſe priorem: id probatur ex *l. ſecundus. 22. Cod. de pignor.* & apertius ex *l. creditor. 12. § ſecundum. 6. Qui potior.* & quoniam vtrobiq; fit mentio de vſuris vſurarum, & illæ certa ratione peti poſſe negantur, non abs re erit breuiter *dict. §. 6.* explicare. Ait JCtus, quod pignus in vtrumque debitum incipiat eſſe obligatum ſecundo creditori, etiam inuito debitore (cui quippe nulla iniuria infertur) nec tantum quoad ſortem, ſed & quoad vſuras & ſibi debitas, & quas creditori primo ſoluit, non tamen vt harum vſuras porro petere, & in has quoque pignus ſibi obligatum aſſerere

poſſit.

Digitized by Google

poſſit. Ratio dubitandi eſt, quia v.c. ſi creditor ſecundus ſoluit primo creditori decem, quæ ipſi pro vſuris debebantur, iſta decem in perſona ſecundi creditoris non habent rationē vſurarum, ſed potius ſortis ſapiunt naturam; ſiquidem ſecund⁹ creditor decem illa jure ſuo alij ſub vſuris credere, & ita fœnori elocare potuiſſet: quod exemplo negotiorum geſtoris confirmatur, qui ſi pro domino, cuius gerit negotia, ſoluat vſuras, vtiq; huius quoq; pecuniæ nomine, quam pro amico fœneratitio creditori ſoluit, actione contraria negot. geſtorum vſuras repetit, cum & ſoluendo fecerit, ne porrò vſuræ currerent. Sed enim JCtus (& in hoc eſt ratio decidendi, & ſimul remotio obiectionis) *in d.l. creditor.* 12. §. 6. *Qui potiores.* non admittit, vt creditor ſecund⁹, qui ſoluit pecuniam priori, hacten⁹ cōparetur cum eo qui gerit alienum negotium, ſed ait, quod intelligatur geſſiſſe negotium proprium: neq; enim propoſitum & ſcopum hunc habet, vt liberet debitorem, ſed vt pign⁹ ſuum confirmet: videatur & iſtud pro ratione decidendi adduci poſſe, quod per creditorem ſecundum non debet deterior fieri conditio debitoris, qui primo creditori vſuras vſurarum non ſoluiſſet. Sed ſane ſi ea ratio generalis eſſet, nec negotiorum geſtor. integræ ſummæ, quam pro vſuris ex ſorte ſoluit, vſuras repetere poſſit. Sed hæc quaſi obiter occaſione *d.l.* 12. §. *ſecundum.* 6. *Qui potior.* ex quo probauimus, quod creditor ſecundus pecuniam ſoluens primo creditori, in vtramq; ſummā pignus ſuum confirmet. Dicebam⁹ ſupra & 2. ſi tertius creditor ſoluat pecuniam primo, eum tantum potiorem effici quo ad quantitatem eā quam exſoluit, in quam rem textus eſt *in l. Claudius.* 16. *vers planè cum tertius. Qui pot.* Diximus 3. quod creditor ſecundus, ad confirmandum pignus ſuum, tantum neceſſe habeat offerre eam ſummam, quæ ante ipſum, non etiam quæ poſt ipſum credita fuit: quia in hac nō habet locum jus prioritatis, ſed eſt ille in hac pecunia poſterior ſecundo: ad quod eſt textus elegans in *l. creditor.* 12. §. *ſi prior.* 5. *Qui potiores*, ex qua talis creditor, qui prim⁹ & tertius ſimul eſt, poteſt quidem rem pignoratam totam vendere, ſed vt pretium tantum imputet in pecuniam, quam primo loco credidit, & reſiduum reſtituat creditori ſecundo. Idem probatur in terminis ex *l. quærebatur.* 20. *Qui potior.* ex qua id & notat *Neguz. part.* 5. *memb.* 3. *n.* 11. vbi tamen in eo errat, aut certè inſubtiliter loquitur, dum quaſi pro ſingulari notat, quod creditor ita cogatur accipere ſolutionem particularem: hæc enim dicitur vere & proprie reſpectu debiti quod ex vna cauſa & vno contractu, non

ex di-

Cap. XV.

De his qui in priorum creditorum locum ſuccedunt.

1. *Submoto primo ſuccedit ſecundus.*
2. *Poteſt & alius ex pacto ſuccedere.*
3. *Quæ ad id ſint neceſſaria.*

HActenus prima pars huius libri de prioritate creditorum vel ex tempore vel ex priuiliegio: quorum jure durante, alii creditores interim excluduntur. Sequitur vt jam videamus quid juris ſit, ſi priores creditores ſint dimiſſi & ſubmoti, an & quatenus ſequentes aut alii in eorum locum ſuccedant, & eorum jure vtantur. Et ſubmouetur prior creditor, ſi debitor ei ſoluerit pecuniam, ſiue aliud quid fecerit, quod jure noſtro eſt pro ſolutione. Quo pertinent omnes pene modi quibus ſoluitur obligatio, & inprimis ſolutio, ſiue vera ſiue ficta: qualis inducitur per nouationem, acceptationem, compenſationem, *l. ſi debitor 4. Qui pot.* Ex quo neceſſum fuit recipere, vt nouatione facta pignora repeterentur, vt creditor prior in ſui ipſius locum ſucceſſiſſe videretur, vt ſupra *ex l. 3. Qui pot.* & aliis textibus tractauimus: aliàs enim per nouationem ſoluta priori obligatione, poſterior creditor in prioris locum ſucceſſiſſet. Vt autem ſucceſſioni huic ſit locus, oportet, vt eo tempore, quo prior creditor dimittitur, in bonis debitoris adhuc ſit res obligata: quod per argum. à maiori probatur ex *l. 2. de pignor. act.* quæ docet, quod nec per conventionem quidem, ſuccedere quis poſſit in locum primi creditoris, nec ſi ipſe pecuniam numerauerit, niſi res fuerit in bonis debitoris tempore conuentionis: & ea cauſa eſt, ob quam in ſpecie *l. qui balneum. 9. §. vlt. Qui potior.* Mæuius in locum Titii primi creditoris ſuccedere non poteſt, quoniam eo tempore quo Titius dimittebatur, fuerat res jam in alium translata. Quod limitandum & declarandum eſt juxta *dict. l. 2. de pign. act. & d. l. 9. §. vlt. Qui potior.* Et in *d. l. 2.* ille de quo quæritur, ab initio rem pignori non acceperat, ſed cum jam res eſſet alienata, pecuniam dedit, qua prior creditor dimitteretur. Et rurſus in *d. l. 9. §. vlt.* aliena res initio data pignori fuerat: quem locum plenius ſup. *lib. 2. vbi de pign. rei alienæ*, explicauimus: Ceteroquin

ceteroquin vbi res ab initio debitoris & poſteriori creditori rectè obligata fuit; non poteſt debitor alienando ei præiudicare, nec efficere, quominus in prioris creditoris locum ſuccedat. Et porrò ſuccedit hîc ſecundus creditor, quocunque modo & cuiuscunque pecunia prior creditor fuerit dimiſſus. Ratio enim juris hoc facit, vt ſublato jure pignoris, quo ad primum creditorem, ſecundi jus in pignore, quod & ipſi in hunc euentum obligatum eſt, confirmetur, niſi tamen vel 2
tertius creditor vel alius etiam extraneus, dum pecuniam ſoluit, de pignore conuenerit; & nimirum de hac lege, vt jus creditoris primi in ſe transferretur, numerat pecuniam: tum enim hic in locum & jus prioris ſuccedit, ceteris creditoribus ſuo loco & ordine manentibus, qui nec de iniuria ſibi illata conqueri poſſunt, quippe qui, niſi pecunia ſoluta fuiſſet, eodem loco manſiſſent, & quibus itidem pecuniam offerendi & pignus ſuum confirmandi jus eſt. Quæ plenius ſunt explicanda. Et quilibet poteſt pecuniam ſoluere creditori, quo facto & ita liberato debitore, & ſoluto hactenus pignore, neceſſario creditor ſequens in locum prioris dimiſſi ſuccedit. Et de eo quid juris ſit, circa oblationem & ſolutionem creditori factam ſeparato cap. poſteà agemus. Hîc autem tractamus caſum, quo debitori ſoluitur pecunia, quæ priori creditori debetur. Et hic ſanè poteſt quisq; qui ita ſoluit, rectè paciſci, vt jus creditoris, ad quem pecunia peruenit, ad ſe transferatur. Vbi, quod rectè notant Dd. in *l. 1. C. de his qui in prior. loc. ſucc.* neceſſum eſt, vt & pecunia ad creditorem priorem perueniat, & ille dimittatur, in cuius locum aliàs non poteſt ſuccedi: ceteroquin pignus quidem ille, qui pecuniam dedit, ex pacto habebit, ſed poſt alios creditores. Et enim neceſſe quoque eſt, vt de pignore pactio interueniat: ceteroquin, ſi quis ſimpliciter debitori pecuniam dederit, imo etiã adiecerit, vt numeretur priori creditori, & ea quoq; ipſi numerata fuerit, non propterea pignus ſibi vindicare poterit. Quod ſi autem de pignore conuenerit, quod prior creditor habet, & hoc ſimul actum ſit, 3
vt ea pecunia is dimittatur, & ille dimiſſus ſit, tum ille qui ſoluit, in locum primi creditoris ſuccedit. Non verò puto neceſſum eſſe, hoc quoque adiici pacto, vt qui ſoluit, in primi creditoris locum ſuccedat: Et ſatis enim hoc ſubintelligitur, poſtquam & pignus contractum, & præterea, vt creditor primus illa pecunia dimitteretur, conuentum fuit, vtique enim fit ille ita hypothecarius creditor, nec dubitatur, quin creditor hypothecarius ſecundus pecunia ita ſoluta, ſuccedat in

Digitized by Google

numerauit pecuniam,pactus eſſe,vt idem prędium ſibi eſſet hypothecæ. Et ad eundem modum in caſu non diſſimili, *in l.2. de pign.act.* proponitur conueniſſe, vt res pignori eſſet: & tot textus euitare aut eludere potius,quaſi tacitè id actum eſſe ſufficiat, oppidò quàm difficile eſt: quod ego in medium relinquo.

CAP. XVI.

De eo qui rem pignoratam emit à debitore, & an ſit melioris jure quam qui alias pecuniam numerarunt.

1. *De eo qui pignus emit à debitore, & pretium peruenit ad creditorem.*
2. *Ad l. 3. Quæ res pign.*
3. *Quomodo ſuccurratur emtori.*

DIximus priori cap. de his, qui pecuniam numerant, vt ea ad priorem creditorem perueniat: in quibus terminis non intereſt, an creditor hypothecarius poſterior pecuniam numerauerit, an creditor chirographarius, an etiam qui planè creditor non fuit: modo hi duo poſteriores pacti ſint de pignore, juxta dicta *cap.præc.* Quæritur autem, ſi quis à debitore rem emerit, & pretium ſolutum ad creditorem peruenerit, an potiori ſit jure? Illud quidē conſtat, non obſtare emtionē, quominus creditor ſecundus pecuniā ipſi offerre poſſit quin, & nec oblata pecunia quiuis creditor hypothecarius jus habet perſequi rem venditam à debitore. Sed illud hic quæritur, ſi pecunia quam emptor ſoluit pro re pignorata peruenerit ad creditorem primū, an hoc ſufficiat, vt emtor ſe defendere poſſit contra creditores alios, an & hic neceſſum ſit, vt pactus ſit de pignore, itemq; in prioris creditoris locum ſuccedat, vel prior creditor pecunia illa dimittatur. Et videtur non opus eſſe duplici iſta pactione, ſed ſufficere vt poſſeſſio tradita ſit, & pretium ad creditorem peruenerit: non quidem ad hoc vt emptio ſit irreuocabilis, ſed vt quicunq; creditor, vtens actione Seruiana cogatur offerre, quantum de pretio ad creditorem priorem peruenit: nam & primus creditor rem quam tenet, cogitur reſtituere ſecundo, ſi totum quod ipſi debetur, offeratur. Et illud videtur cōfirmari ex *l.3. de diſtr pign.* vbi ICtus ait, emptori offerendum eſſe quicquid ad alium credi-

Digitized by Google

creditorem de nummis eius peruenerit: nec vlla pactionis illius ſit mentio: pro qua eadem ſententia faciunt textus in *l. cum. 17. Qui potior. l. pen. Cod. de his qui in prior: loc. ſucc.* vbi dicitur, quod pignoris emptor, cuius pecunia creditores dimiſſi ſunt, in earum locum ſucceſſerit. Et videtur hîc eſſe effectus poſſeſſionis adquiſitæ, *argum. l. cum ex cauſa 9. C. de remiſſ. pign.* ex qua probatur, quod qui à creditore, cui ſoluit, pignora accepit, ipſe ea cenſeatur pignoris loco habere: quamuis ſanè alia ſit ratio poſſeſſionis, quam accepta pecunia creditor tranſtulit, & eius quam tranſtulit debitor, quippe qui non niſi cum ſua cauſa & onere transferre rem poteſt, nec vſquam legimus, quod qui rem à debitore quocunque titulo accepit, in ea jus pignoris conſequatur: quod tanto minus dici poteſt in terminis pignoris emti, cum emptor dominus fiat, nec cuiquam regulariter res propria pignori poſſit eſſe obligata. Et rurſus tamen hæc obiectio non impedit, quominus quaſi cuiusdam pignoris jure poſſit res eſſe apud emptorem, præſertim cui res per creditorem alium per actionem Seruianam auferri poteſt, per ea quæ diximus *ſup. lib. 2. c. 14.* idque ex *Bart. & aliis notat Neguzant. p. 5. memb. 3. n. 3. vers. tamen eſt.* quod quia res poteſt ab emptore auocari per creditorem, loco pignoris ea retineri poſſit per *l. pen. §. 1. de exc. rei jud.* Sed porro pro eadem prærogatiua emptoris eſt textus in *leg. Ariſto. 3.*
2 *Quæ res pign. obl.* Tractatur ibi in pr. de ſucceſſione alicuius in locum creditoris hypothecarij: & vt hoc fiat, opus eſſe docetur, vt & de pignore & de dimittendo priore creditore conueniatur: (vt diximus *cap. præced.*) neque enim, inquit JCtus, in jus pignoris ſuccedere debet, qui nihil de pignore conuenit: mox ſubiicit hæc verba: *quo caſu emptoris melior efficietur conditio*, quibus verbis videtur probari, quod jam tractamus, nimirum in perſona emtoris aliud eſſe, & quod ille etiam citra eiusmodi pactiones in jus creditoris ſuccedat. Et ita ſanè *Cuiac. ad Paulum lib. 3. quæſt. in d. l. 3.* emptoris potiorem eſſe cauſam cenſet, qui emit à debitore pignus, & cuius pecunia peruenit ad primum creditorem: quàm alterius, qui ſimpliciter hac lege mutuam dedit pecuniam, vt dimitteretur anterior creditor: & quod hic quidem hypothecam non habeat, niſi eam ſibi conuentione propria quæſiuerit: ſed ille hypothecam conſequatur hoc ipſo, dum in poſſeſſionẽ rei pignoratæ venditæ inducitur. Et hæc *ex d. l. 3.* ad noſtram quæſtionem pertinent: Sed quia in hunc locum incidimus, qui paulo eſt obſcurior: & illud porrò quod eſt in *vers. Deniq; ſi antiquior.* euoluamus.

Redit

Digitized by Google

Redit ibi JCtus ad eam ſpeciem, qua qui ſimpliciter pecuniam dedit, pactus eſt de jure pignoris, & vt pecunia data prior creditor dimittatur: Quomodo ſi conuentum ſit, adeo jus creditoris prioris in hunc tranſire docet JCtus, vt ſi ex pacto (quod conuenit rationi juris communis) primus creditor habeat jus diſtrahendi, id tranſeat in iſtum creditorem cum jure pignoris, licet ipſe pactus ſit, ne ſibi vendere liceret, idque oſtendit ſubiecta ratio: quod ſcilicet habeat ex perſona alterius creditoris, in cuiꝰ locum ſuccedit, quod (obſtante pacto) non haberet ex ſua perſona: quod pactum non quidem omnino impedit vendendi jus, ſed tamen, vt id difficilius liceat, facit. Itaque vt maior eſſet dubitandi ratio, adiecit JCtus hoc actum fuiſſe cum ſucceſſore, ne liceret vendere pignus: quod ſi enim nihil de hoc dictum ſit, jure communi vendere pignus licebit. Hæc obiter ad *vers.* poſteriorem *d.l.3.* Iam vt redeamus ad rem noſtram: ſententia illa, pro qua hactenus diſputauimus, quod qui emit rem à debitore, ſuccedat in jus primi creditoris citra vllam pactionem, non videtur rationi juris ſatis cõuenire. Nihil enim apprehenſio poſſeſſionis poteſt facere ad inducendum jus pignoris, ſine pacto de pignore, cum tranſlatio poſſeſſionis & traditio alium habeat finem: vt profectò abſurdum videatur ſimplici emptori hoc jus tribuere, contra communem rationem juris. Itaque *Accurſ. in l.3. C. de his qui in prior. cred. loc. ſucc.* putat & ponit, emptorem ſimul fuiſſe creditorem hypothecarium, ſed poſteriorem: quam explicationem omnino faciunt probabilem verba, *ſi potiores creditores.* quæ alios creditores potiores, & adeo ipſum quoque emptorem creditorem, ſed poſteriorem fuiſſe, arguunt. Et ita quoq; poteſt explicari *d.l.17. Qui potiores.* vbi quis à debitore ſuo emiſſe dicitur: Et ergo emit creditor: & quid ni igitur creditorem hypothecarium intelligamus? Quam interpretationem, vt ponamus tractari de creditorum concurſu & prælatione, ipſa quoque ſuadet rubrica. Et quod attinet *ad l.3. §.1. de diſtract. pign.* ſine abſurditate pactionem aliquam ibi præſupponemus: ſiquidem, vt diximus, non conuenit juris rationi, vt qui ignorantibus creditoribꝰ rem emit à debitore, & non niſi ſimplex emptor eſt, protinus citra pactionem vllam ſuccedat in locum primi creditoris, & jus pignoris conſequatur. Et in *d.l.3.* quæſtio principaliter tractatur, de offerendi facultate, an emptori poſſit offerri. Vbi ratio dubitandi erat, quod ei qui rem à creditore emit, offerri nõ poteſt: ſed ſupra *lib.3.* longè diuerſam inter hunc & qui à debitore emit, di-

ximus eſſe rationem, quod idem docet JCtus in *d.l.3. de diſtr. pign.* ceteroquin quoad iſtam quæſtionem quam tractamus, & de qua principaliter in *d.l.3.* nõ agitur, habiles termini ex aliis locis & textib⁹ ſunt ponendi Sed enim ſi iſta ſtatuimus, rurſus *d.l.3. Quæ res pign. obl.* ſcrupulum mouit, quæ meliorem facit conditionem emptoris. Et in quo vero ea melior erit, ſi nec emtor citra pactum de pignore in jus prioris creditoris & eius pignus ſuccedit? Si ponamus emptorem, qui idem ſit creditor hyppothecarius, meliorem hactenus dicam eſſe eius conditionem, vt non ſit neceſſaria pactio de dimittendo creditore priori, & ſufficiat omnino, ſi modo pecunia ſoluta fuerit creditori. Sed explicatio hæc non extricat nodum, quem propoſuimus *ex d.l.3. D. Quæ res pign.* in qua perſpicuũ eſt nõ proponi aut tractari caſum talis emtoris, qui ſimul ſit creditor hypothecarius, ſed de eo qui mutuam pecuniam dedit creditori, aut emit pignus, cum antea jus nullum pignoris haberet. Etenim ibi JCtus pactum vt ſit de pignore omnino requirit, & nihilominus meliorem emptoris conditionem eſſe ait. Et emptoris igitur conditionem, juxta *d.L.3.* oportet eſſe meliorem, vel vt non ſit pacto opus, vt ea pecunia creditor dimittatur: vel vt non ſit opus pacto pignoratitio, vt res ſit obligata pignori. Et vtcumq; enim hoc in *pr. d.l.* in eo qui non emit rem requiritur: & in emptore, ſiquidẽ eius conditio melior eſt, alterutrum ſufficere oportebit. Quod ſi ſequimur verba & mentẽ JCti, cum ille bis requirat pactum de pignore, & poſt ſtatim ſubiiciat, meliorem emtoris eſſe conditionem, fatendum erit ex ſententia JCti, in hoc emtoris eſſe conditionem meliorẽ, vt pactione de pignore non ſit opus. Et hoc quoq; magis rationi conuenit, vt prius illud de dimittendo priore creditore omnino ſit neceſſarium, vtcunq; enim emtor de pignore paciſcatur, ſi ſimpliciter numeret pretiũ, pign⁹ quidem habebit, ſed in prioris creditoris locũ, de quo dimittendo nihil actũ eſt, non poterit ſuccedere. Et ſane poſtquã hoc actum eſt inter debitorẽ emtorẽq;, vt ex pretio creditor prior dimittatur, mox emtori poſſeſſio rei traditur, quaſi tacitè pignus contrahi videatur, *arg. l.3. C. de his qui in prior. loc. & l. ſi ex cauſa. 9. C. de rem pign.* Quin imo cum vendendo hoc agatur, vt emptor dominium conſequatur, minus videatur cõuenire, vt de pignore debitor & emtor pacti proponantur: quia pignus regulariter cum dominio non cũcurrit: &, ſi quod jus pignoris emtori neceſſarium fortè fuerit, id ex apprehenſione poſſeſſionis, poſt pactionem de dimittendo priori creditore, citra aliam pactionem ei dicem⁹
3 eſſe quæſitum, Et hinc expeditur difficultas, quam mouet *Neguz. p.5. m. 3. n.3.*

3.n.3. *vers. Sed in prædictis.* quomodo hic emptor poſſit obtinere, vt ſibi à ſecundo creditore ſoluatur pecunia, quã pro re numerauit. Loquitur ille obſcurè & ambiguè, nec ſatis intelligo, an aliquid pactum nec ne præſupponat: videtur tamen velle, hoc ſolum pactum fuiſſe, vt pecunia prior creditor dimittatur. Et, vt plenius & accuratius hoc tractem⁹, quæritur aut. de actione iſti emtori danda, aut de exceptione. Et pro certo hoc ponit Neguz. quod citra pactum expreſſum non competat emtori iſti actio Seruiana, de quo tamen ex eo quod de tacito modò pignore diximus, dubitari poſſit. Sed præterea, vt modò etiã attigim⁹, non eſt veroſimile agi de pignore inter emtorem & venditorem, cum id agatur vt dominium ex juſta iſta cauſa & habili titulo transferatur. Neq; verò emtori actio hypothecaria neceſſaria videtur, cũ jure communi tamquam dominus poſſit vti ſpeciali rei vindicatione. Qua, ſi, amiſſa forte poſſeſſione experiatur contra creditorem Secundũ, & hic de pignore excipiat, crediderim exceptionem hanc elidi poſſe replicatione emtoris, quod pecunia ab ipſo numerata ad creditorem peruenerit, quod ſi factũ non fuiſſet, creditor ſecund⁹ in ſuo ordine manſiſſet: vt hactenus videatur quaſi jus prioris creditoris in emtorẽ translatum, & emtor hac conſideratione jure quodã creditoris & pignoris ſe tueri poſſit. Quod ſi replicationem damus emtori, multo magis ei conuento à creditore ſecundo dabimus exceptionem: de qua, terminis iſtis poſitis, quibus ex pacto pecunia peruenit ad creditorem, nec poſſit quidem dubitari. Videtur autem Neguz. *d. loco* putare, quod ſi pecunia modò peruenerit ad creditorem, emtor defendatur exceptione, licet nihil de eo ſit conuentum. Quod ego quidem vix admiſerim, vt quod ex accidenti contigit, & ſine pactione vlla, & quod videlicet pecuniam acceptam, debitor numerauit creditori, pariat emtori exceptionem. Et ita enim non emtorem ſolum, ſed quemcunq; alium, qui pecuniam dedit debitori ſimpliciter, quam ipſe acceptã creditori ſoluit, hac exceptione defendemus: quod profectò à ratione juris abhorret: vtcunq; ita exiſtimare videãtur, quos Neguz. d. loco probat, qui ſe fundant in *l. 1. Quib. mod. pign. ſolu.* vbi agitur de eo qui citra emtionem ſoluendo creditori pecuniã, pignora liberauit. Sed nihil iſte textus ad rẽ facit, in quo is, qui citra emtionẽ pignora liberauit, opponitur emtori, & tali emtori, qui ab ipſo creditore rem comparauit, cui offerri nõ poteſt, ſed illi poteſt, ita vt ſi non ſoluatur ei pecunia, creditorem offerentem exceptione repellere poſſit: cuius rei aperta hæc ratio eſt: quia ipſi creditori qui rẽ diſtracturus erat, pecuniam ſoluit, & qui creditor

poſſeſſionem pignorum in eum transtulit: at nos quærimus de eo qui pecuniam numerauit debitori, ſine vlla pactione, vt ea perueniret ad creditorem, ſed debitor fortè ex accidenti aut interpellatus (cum aliàs in vſus alios pecuniam eſſet impenſurus) eam creditori ſoluit: quod ad exceptionem parandam non videtur ſufficere.

Capvt XVII.

De eo qui pecuniam ſoluit creditori.

C*Ap. præced.* egimus de eo qui ſoluit debitori, cum pacto pignoris, aut ſaltem vt pecunia ad creditorem perueniat: jam videamus de eo qui ipſi creditori ſoluit pecuniam. Et conſtat, quod quiuis creditori poſſit pecuniam ſoluere, ita vt liberetur debitor: ſed illud hic quæritur, quomodo ſoluendum ſit, vt qui ſoluit, jus creditoris cui ſoluit, conſequatur. Obiter hîc illud quæri poſſit, an creditor etiam ſolutionem quam alius offert, admittere cogatur. Et in terminis ipſius debitoris ſoluere volentis, notiſſimum eſt remedium juris, vt pecuniam obſignet & deponat: quo facto pignora liberantur. *l. acceptam. 19. in f. Cod. de vſuris.* Et poſtquam jura permiſerunt, vt quiuis ſoluere pro alio poſſit, crediderim & hoc permiſſum, vt pecuniam & hic obſignare & deponere liceat, vt poſtea ſi creditor agat ſiue perſonali ſiue hypothecaria, repellatur exceptione. Sed iſtud non valde ad hanc rem pertinet: & vbi pecuniam non accipit creditor, vix de jure eius in alterum transferendo aut translato quæri poteſt. Et in præcedente qui conuenitur actione Seruiana, minor dubitatio eſt, quin ipſe ſoluendo & paciſcens, jus creditoris in ſe transferre & conſequi poſſit. Et idem tamen eſt, ſi quis non poſſideat & ſoluat, & de pignore paciſcatur. Neque exiſtimandum eſt, hic opus eſſe conſenſu debitoris, quaſi pignus non poſſit niſi à domino conſtitui: quoniam non quæritur hic de pignoris noui conſtitutione, ſed de pignoris conſtituti & juris quæſiti, in eum qui ſoluit, translatione. Et cum quiſque jus ſibi adquiſitum alteri cedere poſſit, quid ni etiam jus pignoris creditor cedere & transferre in alium poſſit? Et quod poſſidenti poteſt, idem etiam vt non poſſidenti rectè cedatur ratio facit, neque enim poſſeſſio, quæ præſertim ad jus pignoris non eſt neceſſaria, quidquam hic momenti facere poteſt. Et notat hoc Accurſius in *l. creditor. §. pen. Qui potiores*

Digitized by Google

tioret: quod quis ex pactione cum ſolo creditore inita, in eius locum & pignus ſuccedat, quamuis hoc *ex d.l.12. §.pen.* non ſatis probari videatur: & ea rectius enim de pacto cum ipſo debitore facto, explicatur: quippe proponitur creditor Tertius, aut vt vulgo, Titius, permiſiſſe, vt pignora diſtraherentur, & ex ea pecunia dimitteretur creditor prior, vt ipſe in pignora & locum huius ſuccederet: Et ergo cum pignora ſeparata & propria haberet Tertius, & alia Primus, intelligitur Tertius permiſiſſe, vt pignora diſtraheret debitor, non creditor primus: idque etiam ſuadent verba, *vt priori ſoluta pecunia, &c.* & nimirum per debitorem. Sed vtcunq; nihil faciat iſte textus, ſufficit ad probandum, quod diximus, ſola ratio: & facit pro ea ſententia textus in *l. inſulam. 13. Qui potiores.* vbi dominus qui inſulam locauerat, & pro mercede pignora à conductore acceperat, inſulam vendidit, ſibi datorum citra vllum conſenſum conductoris, cum emptore pactus proponitur: facit etiam *l. pen. de diſtr. pign.* vbi dicitur, quod creditor pignus vendens jus ſuum cedere debeat, cedit autem etiam debitore ignorante. Sed iſtud, vt puto, controuerſum non eſt. Nec quidquam hic intereſt, an qui ſoluit, & de pignore paciſcitur, plane creditor non ſit, an ſaltem ſit creditor chirographarius, vt videlicet ex pacto in jus creditoris hypothecarii, cui ſoluit, ſuccedat,. Quod ſi enim pactus nihil ſit, perinde eſt: ac ſi debitor ipſe ſimpliciter ſoluiſſet priori creditori, quo dimiſſo in locum eius ſuccedit creditor hypothecarius ſecundus, nec quidquam juris, qui ſoluit, conſequitur. Sed eiuſmodi pactio in ſecundo creditore hypothecario, qui ſoluit, neceſſaria non eſt, quippe qui etiam, vt diximus, ſi ipſe debitor vel alius ſine pacto de pignore ſoluat, protinus cum jam antea pignus in re habeat in locum dimiſſi creditoris ſuccedit. Et ita hic jus eſt, vt creditor prior accipere cogatur pecuniam oblatam, & ſi non accipiat obſignante eam debitore & deponente, idem tum effectus ſequatur, acſi eam accepiſſet, vt videl. jus prioris creditoris in pignore infirmetur, & hypothecaria actio moueri amplius cum effectu ab eo non poſſit; confirmetur autem jus ſecundi, & is tanquam prior non tantum exceptione ſe defendere, ſed etiam Seruaniana actione obtinere & vincere poſſit, quoniam exceptio juirs pignoris, replicatione pecuniæ oblatæ & depoſitæ repellitur. Et hoc jus offerendi habet creditor poſterior, ſiue ipſe poſſideat, ſiue creditor prior poſſideat, ſiue etiam poſſideat neuter: quæ probantur in *l.1. C. Qui potiores.* vbi vt obiter addam, poſtrema ver-

Digitized by Google

poſſit. Ratio dubitandi eſt, quia v.c. ſi creditor ſecundus ſoluit primo creditori decem, quæ ipſi pro vſuris debebantur, iſta decem in perſona ſecundi creditoris non habent ratione vſurarum, ſed potius ſortis ſapiunt naturam; ſiquidem ſecund⁹ creditor decem illa iure ſuo alij ſub vſuris credere, & ita fœnori elocare potuiſſet: quod exemplo negotiorum geſtoris confirmatur, qui ſi pro domino, cuius gerit negotia, ſoluat vſuras, vtriq; huius quoq; pecuniæ nomine, quam pro amico fœneratitio creditori ſoluit, actione contraria negot. geſtorum vſuras repetit, cum & ſoluendo fecerit, ne porrò vſuræ currerent. Sed enim JCtus (& in hoc eſt ratio decidendi, & ſimul remotio obiectionis) *in d.l. creditor. 12. §. 6. Qui potiores.* non admittit, vt creditor ſecund⁹, qui ſoluit pecuniam priori, hacten⁹ cōparetur cum eo qui gerit alienum negotium, ſed ait, quod intelligatur geſſiſſe negotium proprium: neq; enim propoſitum & ſcopum hunc habet, vt liberet debitorem, ſed vt pign⁹ ſuum confirmet: videatur & iſtud pro ratione decidendi adduci poſſe, quod per creditorem ſecundum non debet deterior fieri conditio debitoris, qui primo creditori vſuras vſurarum non ſoluiſſet. Sed ſane ſi ea ratio generalis eſſet, nec negotiorum geſtor. integræ ſummæ, quam pro vſuris ex ſorte ſoluit, vſuras repetere poſſit. Sed hæc quaſi obiter occaſione *d.l. 12. §. ſecundum. 6. Qui potior.* ex quo probauimus, quod creditor ſecundus pecuniam ſoluens primo creditori, in vtramq; ſummā pignus ſuum confirmet. Dicebam⁹ ſupra & 2. ſi tertius creditor ſoluat pecuniam primo, eum tantum potiorem effici quo ad quantitatem eā quam exſoluit, in quam rem textus eſt *in l. Claudius. 16. vers planè cum tertius. Qui pot.* Diximus 3. quod creditor ſecundus, ad confirmandum pignus ſuum, tantum neceſſe habeat offerre eam ſummam, quæ ante ipſum, non etiam quæ poſt ipſum credita fuit: quia in hac nō habet locum jus prioritatis, ſed eſt ille in hac pecunia poſterior ſecundo: ad quod eſt textus elegans in *l. creditor. 12. §. ſi prior. 5. Qui potiores*, ex qua talis creditor, qui prim⁹ & tertius ſimul eſt, poteſt quidem rem pignoratam totam vendere, ſed vt pretium tantum imputet in pecuniam, quam primo loco credidit, & reſiduum reſtituat creditori ſecundo. Idem probatur in terminis ex *l. quærebatur. 20. Qui potior.* ex qua id & notat *Neguz. part. 5. memb. 3. n. 11.* vbi tamen in eo errat, aut certè inſubtiliter loquitur, dum quaſi pro ſingulari notat, quod creditor ita cogatur accipere ſolutionem particularem: hæc enim dicitur vere & proprie reſpectu debiti quod ex vna cauſa & vno contractu, non

ex di-

Digitized by Google

ex diuerſis debetur: nam & ipſe debitor, qui ex diuerſis cauſis debet pecuniam, non cogitur ſummas omnes ſimul offerre, & cogitur creditor, quod ex ſingulis cauſis debetur, ſeparatim accipere *l. vlt. Quib. mod. pign. ſolu.* Addamus aliquid, de poſſeſſore rei pignoratæ, ſed paucis. Et conſtat enim quod quiuis poſſeſſor quamuis iniuſtiſſimus, vt & ſupra diximus ex *l. Paulus. 12. §. vlt. Quib. mod. pign.* poſſit offerre, & ita repellere creditorem agentem Seruiana: quoniam ita facit vt fundamentum actionis tollatur, cum ſublato debito jus pignoris finiatur, nec quidquam præterea creditoris interſit. Alium enim, vt & hoc moneamus, alio jure experientem non poterit repellere: veluti ſi qui emit rem, contra poſſeſſorem non creditorem agat, omnino juxta naturam vindicationis, quæ inſtituitur jure dominii, res eſt reſtituenda. Sed ſi poſſeſſor creditor ſit, emtorem v.c. vindicantem, ſi rem euincere velit, oportebit offerre poſſeſſori, quod ipſi debetur. *l. ſi dominium 9. C. de pignorib.* vbi nimirum obligatio pignoris antiquior eſt, cui conſtat per dominii translationem in alium factam, à debitore præiudicari non poſſe. Porrò vbi ſecundus creditor rem pignoratam poſſidet, non dubium eſt, quin poſſit offerre primo, & ita in jus eius ſuccedere, quod ſecus eſt in poſſeſſore, qui creditor non eſt, qui vtcunque ſoluerit pecuniam creditori agenti hypothecaria, tamen in ius eius non ſuccedit, niſi hoc ei creditor ceſſerit: in quam rem eſt textus notabilis in *l. creditor. 12. §. 1. Qui potior. in pign.* vbi poſſeſſor cum non reſtitueret, ex condemnatione præſtitit æſtimationem litis, & ſcilicet ſoluit, quod creditori debetur, & tamen nihilominus reſpondet JCtus eum à ſecundo creditore Seruiana actione poſſe conueniri, qui, vt in *d. §. 1.* traditur, in locum prioris dimiſſi ſuccedit, non ſecus, ac ſi ipſe debitor priori pecuniam ſoluiſſet: adeo nec jus retentionis competit poſſeſſori, vtcunque pecuniam ſoluerit primo creditori. Nihil vero ad hanc rem & jus variandum hic facere poteſt, an ex ſententia condemnatoria poſſeſſor ſoluerit pecuniam creditori primo, an vltro, vt euitaret actionem Seruianam: idque facit ad id quod in *fin. cap. præced.* diſputauimus, non ſufficere ad retentionem hoc ſolum, quod pecunia eius, qui rem poſſidet, ad priorem creditorem peruenit. Porrò an cuiuis poſſeſſori etiam iniuſto, an tantum ei qui rem bona fide poſſidet, creditor jura & actiones ſuas cedere teneatur, explicauimus ſupra *lib. præced.* in tractatione de hypothecaria actione.

Digitized by Google

CAPVT XVIII. ET VLTIMVM.

An hypotheca in quam quis ſuccedere dicitur, ſit eadem ſpecie ſiue numero cum illa, quam habuit prior creditor.

APparet aut nullam, aut exiguam huius quæſtionis & tractationis eſſe vtilitatem: quam tamen mouet *Salicetus in l.1.in fin.C.de his qui in alior.cred.loc.ſucc.* &, quod eodem redit, idem de hypothecaria actione tractat *Neguz.part.5.memb.3.num.16.* Et præſupponendum hic erit, quod transeat hypotheca, ſiquidem eadem numero eſſe debet, quæ fuit in primo creditore. At vero vbi conuentum eſt de pignore, & vt pecunia ad priorem creditorem perueniat, & pecunia ipſi debitori ſoluta fuit, non dubitarim quin ea ſit noua hypotheca, quæ per pactum de nouo conſtituta eſt. At cum quis creditori, qui dominus rei non eſt, ſoluit, & paciſcitur de pignore, videatur hypotheca creditoris in eum tranſire. Poſſit quæri eadem ſubtilitate aut curioſitate poſt Neguzant. an actio realis, quæ competit nouo domino, v.c. emtori, ſit eadem cum ea, quæ competebat priori domino, venditori? Et in dominij & poſſeſſionis materia, & in quæſtione quid & quantum per procuratorem adquiri poſſit, id quoq; tractant Dd. & Raphaël Cuman. quem refert & probat *Iaſon.in l.1.§.per procuratorem.20.n.9.adq.poſſ.* hac in re diſtinxit inter dominium & poſſeſſionem: & ſtatuit, quod idem dominium, quod fuit penes tradentem, transferatur in alterum: poſſeſſio autem quæ fuit penes tradentem, expiret & noua v.c. in procuratoris perſona eſſe incipiat. Subtilem hanc ſententiam Iaſon quidem appellat: ſed mihi falſa videatur, neque capere poſſum, quomodo & qua ratione jus incorporale & merum accidens, idem numero de vno ſubiecto in aliud migrare poſſit. Nec video quid obſtet, quominus dicamus, quod re tradita ex cauſa venditionis, dominium in perſona venditoris exſpiret, & ex apprehenſione ex cauſa habili nouum dominium in perſona emptoris exſiſtat. Quod quiuis probabiliter dici intelligit. Ita vbi debitor rem pignori obligat, noua incipit hypotheca, & inde jus nouum perſequendi rem in perſona creditoris: ſed quomodo hoc jus creditori vni quæſitum idem numero poſſit migrare in

Digitized by Google

alium, rurſus non animaduerto: de hoc enim jure tantum quærendum eſt, ſiquidem creditor nouam hypothecam nõ poteſt conſtituere. Videatur deciſio huius rei petenda eſſe ex tractatu de ceſſione actionum & jurium. Et in actionibus perſonalibus ita obtinet, at non niſi exercitium earum, ita vt nomine cedentis moueri poſſint, transferatur, & ipſa actio directa maneat in perſona primi adquirentis. Adeo reuera iſtæ actiones non ſunt habile obiectum ceſſionis, eius ſcil. per quam jus vnius in alium transferatur: planè ceſſio quæ in jure fiebat, omne jus vt abiret à cedente faciebat, veluti ſi quis in jure vſumfructum ceſſiſſet. Sed vt, quemcunq; caſum ponas, jus idem numero, quod fuit in cedente, ab eo transferatur in alterum, fieri non poteſt: quoniam accidentia iſta mera ſunt, neque accidentia migrare poſſunt de ſubiecto in ſubiectum: quoniam ita fieret neceſſariò, vt dum migrant, ſint abſq; ſubiecto, quod repugnat eſſentiæ accidentium. Juriſconſulti planè iſta curaſſe non videntur, & fruſtra ſubtiles ſumus in rebus nullius momenti & vtilitatis. Quod de actionibus perſonalibus dixim⁹, tantum exercitium earum tranſire, in quæſtione noſtra non poteſt habere locum: haud dubiè enim, cum quo pactus eſt creditor, quod ipſum pro ceſſione erit, aut ſi omnino ei jus ſuum ceſſit, nomine proprio hypothecaria experietur. Et alia enim perſonalium, alia actionum realium natura eſt: Et verbi gratia, actio realis cum ipſo transfertur dominio. Et cum abeat dominium à venditore, & transeat in emptorem, poſita cauſa, & dominio, etiam ponitur actio in rem. At enim cum creditor dominus non ſit, qui poterit ille jus pignoris conſtituere & concedere alteri? Simpliciter dicam, poſtquam receptum hoc jure eſt, vt in alterius quis locum ſuccedere, & in alium transferri jus pignoris etiam à creditore poſſit, id quoq; per conſequentiam neceſſariam admiſſum fuiſſe, vt creditor ipſe quaſi habeat jus conſtituendi pignoris, & vt perinde habeatur vbi jus ſuum cedit creditor, ac ſi ab ipſo debitore pignus conſtitutum fuiſſet: & juris id fit poteſtate, vt in locum creditoris hic fiat ſucceſſio; cuius alter jam repræſentat perſonam: vt autem jus abire à creditore & idem numero tranſire in alterum dicamus, nulla ratione exiſtimo defendi poſſe.

Finis Libri Quarti De pignoribus.

LIBER

LIBER QVINTVS,

DE PIGNORIBVS.

In quo de modis quibus pignus ſoluatur.

CAPVT I.

1. *Sublata principali obligatione tollitur pignus, & n. 4.*
2. *An per obſignationem & depoſitionem ipſo jure fiat liberatio?*
3. *An abſoluto reo liberetur pignus? Ad l. 13. Quib. mod. pign. ſolu.*

NIHIL prætereà ſupereſt, quam vt videamus de modis, quibus pignus ſoluatur, & quid pignoris ſolutionem conſequatur. Primus & principalis modus eſt, ſi ſublata ſit ipſa principalis obligatio. Licet enim pignoris obligatio per ſe ſubſiſtat, tamen ea nihilominus eſt acceſſoria, ſicut & obligatio fideiuſſoria, quam conſtat ſublata principali obligatione extingui. Et ſup. *lib.* 1. & 2. probauimus, niſi ſit aliqua obligatio principalis, nec obligationem pignoris conſtitui aut conſiſtere poſſe, & igitur illa ſublata, hanc expirare conſequens eſt. Et eod. loco diximus, finem eſſe pignoris, ſecuritatem debiti; quod vbi nullum amplius eſt, nec eſſe poteſt, quod pro eius ſecuritate ſit obſtrictum. Et ita in *l. Item. 6. Quib. mod. pign. ſolu.* liberari dicitur pignus, ſi debitum ſolutum, aut pro eo ſatisfactum ſit. Et hæc omnino regula ſtatuenda eſt; Quod ſublata obligatione principali, finiatur obligatio pignoris, vtcunque hîc ſint quædam exceptiones, quæ proprias habent rationes, de quibus paulò poſt dicemus. Et vt exemplis iſtam regulam confirmemus, ſolutione debiti finiri pignus plus quã certiſſimũ eſt, quippe qua facta, cõpetit debitori pignoratitia actio directa pro reſtitutione rei pignoratę,

Digitized by Google

vt ex *l. ſi rem.* 9. §. *omnes*, 3. *l.* 10. *& l.* 11. *ferè per tot. & paſſim. ſub. t. t. de pign. act.* apparet: Itaque quoties & quibuscunque caſibus & quibus perſonis & à quibus rectè ſoluitur, toties etiam & omnibus illis caſib⁹ ſoluitur pignus & competit pignoratitia actio: quod ex loco proprio De ſolutionibus huc eſt repetendum. Et hinc etiam, ſi poſſeſſor æſtimationem litis ſoluerit, liberatur pignoris. *l. ſicut. l.* 8. §. *vlt. Quib. mod. pign ſolu.* licet non ipſo iure, vtique tamen per exceptionem, per *d.* §. *vlt.* ſiquidem & debitor ipſe tantum liberatur per exceptionem: quoniam poſſeſſor non animo liberandi debitorem principalem, ſed vt ab inſtituta actione ſe liberaret, ſoluit pecuniam. 2. Facit pro iſta regula quod etiam nouatione facta, per quam tollitur obligatio principalis, pignora liberantur. *l. nouatione.* 18. *de nouation. l. ſolutum.* 11. §. 1. *de pign. act.* Itaq; qui nouationem faciebant, neceſſe habebant nominatim repetere pignora. *d. l.* 11. § 1. *l. vn. C. etiam ob chirogr. pecun. l.* 3. *l. creditor l.* 12. §. *ſi prior.* 5. *l. vlt. in pr. Qui potior.* quo pertinet, quod ſi perempta obligatio ex certa cauſa reſtituatur, & pignora quoque in priſtina cauſa tenentur, vt docet *l. ſi paternam.* 8. *C. ad Velleian.* Atq; hoc ita in nouatione vera, quæ & dicitur voluntaria, & fit per ſtipulationem. Quæ enim dicitur fieri per litis conteſtationem *arg. l. aliam.* 29. *de nouat.* & neceſſaria dici ſolet, non perimit pignus: *l.* 21. *in pr. de pign. act.* nam nec ea vera eſt nouatio, vt pluribus *ad Treutl. de Mod. toll. obl.* tractauimus, & nemo enim litis conteſtatione conditionem ſuam facit deteriorem *d. l.* 29. Idemq; eſt in vſuris, quæ nouatione vera intercedēte ſiſtuntur, *d. l.* 18 *de nouat.* Sed lite conteſtata porrò currunt, *l.* 1. *Cod. de judic l. lite.* 35. *de vſur.* Idq; adeo procedit, vt nec quidem ſecuta ſententia ſuper principali actione pignus liberetur, vt *lib.* 3. diximus, ex *l. grege.* 13. §. 4. *de pignorib. l. quamuis.* 8. *Cod. de pignorib.* 3. Facit, quod ſi accepto lata ſit principalis obligatio, pignus finitur, *l. ſolutum.* 11. §. *ſi quaſi.* 2. *de pign. act.* 4. facit, Quod ſi creditor pactus ſit ne debitum petat, idem quoq; de pignore vt ne amplius teneatur, pactum intelligitur & creditori perſequenti pignus obſtat exceptio, *l. ſi tibi.* 17. §. *de pignore. de pactis. l.* 5. §. 1. *Quib. mod. pign. ſolu.* 5. Confirmatur regula, quod ſi pecuniam oblatam non acceperit creditor, eâ obligatâ & depoſitâ pignus liberatur: eſt enim iſtud pro ſolutione, *l* 9. *C de ſolution. l.* 1. *Cod. Qui potior.* & quod ita pignora liberentur, in terminis traditum eſt in *l. acceptam.* 19. *Cod de vſuris. l. nec creditores.* 10. *in fin. C. de pign. act.* Sed an ipſo iure, an exceptionis ope liberabitur pignus? Eadem quæſtio tractatur de ipſa obligati-
2 one

one principali: Et ego quidem ad *Treutl. de mod. toll. obl.* defendi, quod ipſo jure tollatur obligatio. Sed jam ferè magis adridet altera opinio, hoc vnico (vt obiter addam) argumento: quod vbi obligatio ipſo jure ſublata eſt, non eſt in poteſtate alterius facere, vt ea reſtituatur, & redeat, nec quidem vt ipſe reus ſine noua conuentione in obligationem ſe reponat. Atquin vbi pecunia obſignata & depoſita eſt, in poteſtate debitoris eſt, vt obligatio maneat in ſuo ſtatu. Ergo non poteſt ea videri ipſo jure exſtincta. Adſumptum probatur: quoniam poteſt debitor arbitrio pecuniam depoſitam ad ſe recipere, & ita facere & obligatio priſtina ſit & maneat integra, vt docent perſpicui textus *in d. l. 19. Cod. de vſuris. in f.* ibi, *niſi forte eas receperit: & in l. debitor. 7. D. eodem. & in l. 1. C. Qui potior.* ibi, *niſi in vſus ſuos conuerterit pecuniam,* quam nimirum ad ſe receperit. Vt autem liberetur pignus vel ſaltem per exceptionem, obſignatio & depoſitio requiritur: oblatio ſola non ſufficit, quæ nec vllo modo tollit obligationē principalem: itaq; nec oblatio ſola facit, vt naſcatur pignoratitia actio. Quod ſi quis tamen ſimul cum mota actione iſta, vel dum eam à prætore petit, pecuniam offerat, procul dubio creditor eam neceſſe habebit accipere, aut ſi non accipiat, fundata erit pignoratitia actio. Nam & ſi quis poſt inſtitutam actionem pignoratitiam, offerat debitum in judicio actionem ſuam confirmat, & conſequitur, vt licet ab initio non rectè actio mota videatur, tamen creditor ad reſtituendam rem pignoratam condemnetur *l. ſi rem. 9. §. vlt. de pign. act.* Facit 6. pro regula ſupra propoſita, quod per compenſationem obligatione ſoluta liberatur pignus, & competit pignoratitia actio *arg. l. 2. & 3. C. de pign. act.* Et ex eadem hac regula deſcendit. 7. Quod ſi quis per ſententiam fuerit abſolutus, pignus ſoluitur. Item 8. quod ſoluitur pignus, ſi quis ſe non debere jurauerit, quod vtrumq; eſt in *l. ſi deferente. 13. D. Quib. mod. pign. ſolu.* Agimus hoc, vt regulam noſtram confirmemus, itaq; confuſim proponimus modos (nec enim iſta tractatio huc pertinet) quibus tum ipſo jure, tum ope exceptionis ſoluitur obligatio: quod accidit & per ſententiam & per juſiurandum. Quod ſi obligatio principalis adhuc ipſo jure ſubſiſtit, non poſſunt forte omnino ſublata eſſe vincula pignoris: de quo inf. plenius agemus. Vbi obſeruandum, duplicem eſſe effectum ſoluti pignoris. 1. vt non amplius competat actio hypothecaria creditori. 2. vt actio pignoratitia pro repetenda re, ſi ea ſit apud creditorem, competat debitori. Et vt fortè

Digitized by Google

adhuc ipſo jure competat creditori actio Seruiana, at vtique per exceptionem eliditur, quod v.c. debitor jurauerit ſe non debere. Et magis etiam putarim, vix prætorem exceptionem daturum creditori, contra debitorem qui jurauit, & agit pignoratitia actione. Equidem ſi daret, haud dubiè adderet replicationem. Quod debitor jurauit ſe non debere. Sed exiſtimo omnino prætorem pignoratitiam actionem, quæ & bonæ fidei eſt, puram daturum, & creditori denegaturum protinus exceptionem: cum præſertim juramenti exceptio ſit priuilegiata, & prætor creditori agere volenti ex principali obligatione contra debitorem, qui jurauit, ſoleat actionem denegare, *l. nam poſteaquã. 9. in pr. de jureiur.* Et juramentum quod defertur & præſtatur ex quadam conuentione, tollit vinculum æquitatis & ipſam naturalem obligationem, *l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. de ſolution.* Et probauimus *ſup. lib. 2. c. 1.* quod obligationi ciuili nudæ, quæ vinculo deſtituta eſt æquitatis, non accedat pignus: conſequenter vbi vinculũ iſtud ſublatum eſt, & obligatio nuda ciuilis manſit, pignoris quoq; vinculũ ſoluetur. Sed enim, ne q̃d omittamus, cum *d. lib. 2. c. 1.* dixerimus obligationi naturali ſoli pignus accedere, ſcrupulum hîc facit *d. l. ſi deferente. 13. Quib. mod. pign. ſol.* vbi dicitur, quod ſoluatur pignus, licet debitor per iniuriã judicis fuerit abſolutus, cum nimirum eſſet verus debitor: Et v. inter omnes conſtat, q per ſententiam non tollatur naturalis obligatio: quod & probat *l. Iul. 60. de condict. ind.* vbi ait JCtus, ſi verus debitor, per iniuriam judicis abſolutus debitum poſtea ſoluat, eum non condicere poſſe quod ſoluit, nulla alia ratione, quæ & ib. additur, quã quia debitori natura manet. Et igitur poſita naturali obligatione, etiam videtur manere obligatio pignoris, quo facit quod in *l. quæſitum. 14. §. 1. de pign.* dicitur, ex quibus cauſis naturalis obligatio conſiſtit, pignus *perſeuerare* quod ſanè verbũ videtur habere emphaſin. Reſpondendum exiſtimo, quod dicitur de naturali obligatione, & accedere pign⁹, & ea durante, perſeuerare, eſſe de ea & eiusmodi obligatione naturali accipiendum, quæ eſt, vt ita loquar, in vigore & valore ſuo. Inde enim eſt, vt, quod mox *c. ſeq.* in exceptionibus ad noſtram regulam dicem⁹, pignus durat, vbi mera ſubtilitate juris ciuilis obligatio eſt ſublata, quoniã durare intelligitur obligatio naturalis. Atenim cum ſententia pro veritate, neq;, vbi ea ſemel in rem judicatam tranſiit, amplius, an benè an malè judicatum ſit, diſputare liceat, conſequenter non poteſt dici, quod obligatio naturalis ſit in ſuo vigore & valore, ſed ea tũ effectus quos aliàs habet, obtinere

& tuer

Digitized by Google

& tueri nō poteſt: Et verò ſi creditor agerē velit hypothecaria actione v e.contra debitorem poſſidentē, repelletur exceptione rei judicatæ: Rurſus ſi debitor agat pignoratitia actione, nunquam creditori dabit exceptionem prætor, qui ſententiā pro veritate habet, & ipſe eam exſequitur. *l. à Diuo. 15. de re iud.* At enim ſi hæc ita ſe habent, cur debitori abſoluto, & qui poſt per errorem ſoluit, non datur condictio indebiti? Donellus quidem 14. *comm.* 10. putat dandam condictionem indebiti: Sed reſiſtit *d.l. Iulianus. 60. de cond. ind.* cui non ſatisfacit reſponſio Donelli. Nihil aliud habeo quod reſpondeam: quam eſſe quod imputetur debitori, qui pecuniam ſoluit, vtcunq; prætendat errorē. Deinde quod in iſtis condictionibus dandis & denegandis tantum ſpectetur bonum & æquum. *l. hac condictio. 66. de cond. indeb.* non eſt æquum autem eum reſtituere cogi, qui rem ſibi naturaliter debitam probat, & ita tamen fatendum eſt, quæri obliquè de veritate rei judicatæ. Sed de hoc in materia condictionum plenius tractatur. Confirmauimus hactenus regulam noſtram, quod ſublata obligatione principali, etiam finiatur vinculum pignoris: pro qua etiam facit, quod per confutationē ſublata obligatione videtur vinculū pignoris ſolui, de quo dicemus *cap. ſeq.* in explicatione *l. debitor. 59. ad Trebell.* Ex regula iſta conſtituta licet intelligere, errare Ant. Fabrum, qui decade centeſima, *cap. 9.* non ſemel ſcribit, difficilius ſolui obligationem pignoris, quam principalem, & hac etiam ſublata illam manere. Et proinde peſſimè quoq; *Neguz. p. 6. m. 2. n. 5.* pro regula hanc propoſitionem ſtatuit. Quod ſublata obligatione principali pignoris vincula durent: & abſurdè prorſus inter limitationes & exceptiones refert: quod liberato reo pignus liberetur. Cū enim omnes fateantur, acceſſoriam eſſe pignoris obligationem, nimis abſurdū eſt, pro regula ponere. Quod ſublato principali acceſſoriū maneat. Sed hoc inter exceptiones referendum eſt, tanto magis, quod ipſe *Neguz. p. 6. m. 3. n. 20.* ex Iaſone pro regula ponit, quod ad ſublationem principalis, tollatur & acceſſorium. Neq; quemquam, vt in tā abſurdā eat ſententiam, debet mouere *l. 1. C. de Luit. pig.* vbi dicitur, quod durent vincula pignoris, perſonali actione ſubmota, nec enim propterea hoc regulā faciet, cum præſertim reſcriptum iſtud ſit ad priuatum, qui ſingularē fortè caſum propoſuit Imp. & prætereaexceptiones quas tradem⁹ *c. ſeq.* ſatis defendūt eam indefinitā propoſitionē: nec propoſitio aut oratio indefinita, præſertim in materia cōtingenti ſemper æquipollet vniuerſali: Et ſunt 4

etiam

etiam ſingulares caſus, quibus poſſeſſor manet obligatus reo liberato: nec quiſquam tamen ita ineptus fuerit, vt hanc regulam ſtatuat: quod maneat fideiuſſoria obligatio ſublata principali. Nec mouet quod Neguzant. d. loco obiicit, ius reale eſſe potentius. Id quidem non ſatis probari video. Et ex aduerſo facit, quod obligatio principalis eſt ciuilis, & ciuile jus potentius operatur, quam prætorium, ex quo eſt actio Seruiana quæ in jure reali fundatur: & præterea jura perſonalia & obligationes potenter inhærent perſonæ debitoris. Deinde vt aliàs fortè jus reale ſit potentius, ita id hic fallere rationis eſt, cum ſit acceſſorium, quo vtique potentius eſt principale. Et denique quod caput rei eſt, ipſum jus reale fundatur in conuentione etiam nuda ſuper pignore. *l. 1. de pign. act.*

Cap. II.

Limitationes ad regulam.

1. *Caſus quibus ſublata obligatione principali, manet pignus.*
2. *Acceſſorium quando ſubſiſtat ſublato principali.*
3. *Ad l. 2. C. de luit. pignor.*
4. *Modorum tollendæ obligationis diuerſitas.*
5. *Ad l. 30. §. 1. ad L. Aquil.*
6. *Ad l. 27. de pignorib.*
7. *An confuſione ſi ſublata ſit obligatio, perimatur pignus ad l. 38. §. vlt. de ſolut. & l. 59. ad Trebell.*
8. *An & quomodo pignus faciat manere obligationem naturalem?*
9. *An hypotheca ſola cedi poſſit?*

IAm limitationes illius regulæ quam *cap. prae.* conſtituimus, videamus. Quarum fundamentum eſt in *d. l. 2. C. de luit. pign.* vbi indefinitè dicitur, ſubmota quamuis actione perſonali pignus obligatum manere. Vbi 1. occurritur, quod ſublato principali, tollatur acceſſorium, pignoris autem obligatio eſt acceſſoria. Tractant plenius de hac regula *Salicet. Cynus. & alij. in d. l. 2.* Sed duo ſunt, quæ ad remouendam obiectionem faciunt 1, quod regula ſit perpetua, in acceſſorijs meris, quæ prorſus ab alijs dependent, nec ſine ijs conſiſtere poſſunt: cuiuſmodi non eſt pignoris obligatio, quæ propriam & ſeparatam

ratam

Digitized by Google

ratam naturam & ſubſiſtentiam habet. 2. Quod procedat regula, vbi
eadem eſt ratio & æquitas in principali & acceſſorio, & eadem vtriuſ-
que tollendi poteſtas: quod hic ſecus ſe habet. Sed obſtare videtur
magis, quod admiſſa iſta ſententia de qua in *dict. l. 2.* inepta & inutilis
erit diſpoſitio juris, quod ſuſtulit obligationem principalem: ſiqui-
dem creditor, præſuppoſito vinculo pignoris, & retinere illud & per-
ſequi actione Seruiana poterit, & ita porrò venditione eius conſequi
quod ſibi debetur. Quod videri poſſit abſurdius, vt diſpoſitio juris,
quæ liberat debitorem, careat effectu ſuo, & ex accidenti hoc,
quod pignus acceptum fuit, conſequatur creditor, quod ſine pignore
aliàs conſequi non potuiſſet. Fecit haud dubiè hęc ratio, vt ad eum lo- 3
cum Donell. putauerit addendam eſſe negationem, *vincula pignoris non
durare.* Itemq; vt Cuiac. cum explicaret de ſingulari caſu, & eo nimirũ
qui proponitur in *l. 1. C. eod. tit.* cum quo ille *5. obſ. 32. & 15. obſ. 23.* putat
d. l. 2. coniungendam & ex illa explicandam, quo nimirum vnus
hæres debitoris pecuniam pro parte ſua hereditaria ſoluit, & ita enim
pro parte tollitur principalis obligatio, ſed nihilominus pignus in
ſolidum manet obligatum. Sed valde nouum eſt, vt ita coniungantur
textus Cod. & reſcripta diuerſorum Impp. qui longo annorum inter-
uallo vixerunt: nec quiſquam mihi perſuaſerit, huic fini ita textus eos
à Tribon. fuiſſe coniunctos: quas aliàs, ſi hęc eius ſententia fuiſſet, vno
contextu propoſuiſſet: nam & exemplis aliis probatur, quod Tribo-
nianus ex duobus aut pluribus Impp. reſcriptis, vnum confecerit, &
ita retulerit in Codicẽ. Fatendum prorſus eſt id effici (qui ingens vſus
& effectus pignoris eſt) beneficio pignoris, vt ipſo jure ſublata obliga-
tione principali propter pignus, creditor, qui actionem amplius nullã
habet, pro debito conſequendo, quod ſibi debebatur, conſequatur.
Neq; id mirum aut abſurdũ videri debere, limitationes & exceptiones
oſtendent, quippe quibus mera ſaltẽ juris ſubtilitate eſt ſublata prin-
cipalis obligatio: vt proinde vinculo æquitatis manente & adhuc ſu-
perſtite, nec rationi juris repugnet omnino, vt per obliquum creditor
conſequatur pecuniam, cum & naturalis obligatio ſola ſufficiens ſit ad
tuendum vinculum pignoris: quę ratio ideo minus apparet, quoniam
de obligatione efficaci ſemel ritè conſtituta tantũ vt vnica noſtri JCti
loquuntur, & docendi gratia recepta eſt diſtinctio obligationis mixtæ
& ciuilis nudæ: & vbi ita mixta eſt obligatio, & aliquis mod' tollendæ
obligationis probatus jure ciuili intercedit, vtcunq; ille in ſubtilitate

Digitized by Google

juris ciuilis ſit poſitus, tamen habetur pro ſublata obligatio tota: Sed
4 vtcunque illud ita ſit, tamen conſiderari hîc poteſt diuerſitas in modis tollendæ obligationis, quorum alij quidem reuera & vinculum æquitatis ſiue ipſo jure, ſiue per exceptionem perimunt: veluti ſolutio, compenſatio, pactum de non petendo &c. Sed alii non tollunt, aut vtique non æquè, veluti præſcriptio temporis, præſertim bre-
5 uioris. Et huiusmodi exceptio & caſus eſt in *l. qui occidit.* 30. §. 1. *vers. Sed an &c. Ad L. Aquil.* ubi contra eum qui occidit ſeruum pignoratum datur actio Legis Aquiliæ duobus caſibus. 1. Si debitor non ſit ſoluendo. 2. Si tempore finita & amiſſa ſit actio: Sic finita obligatione principali apparet durare obligationem pignoris, ceteroquin non poſſet contra eum, qui ſeruum pignoratum occidit, creditori vtilis actio dari. Et videlicet hic modus finiendi actionem eſt merè ciuilis, vt fatendum ſit, per naturalem aliquam obligationem quæ adhuc ſubeſt fieri, vt ne finiatur pignoris obligatio. Elegans quoque ſpecies & alia
6 exceptio eſt in *l. Seruum.* 27. *de pignorib.* Cui ſeruus pignori obligatus erat, cum fortè malè egiſſet, ex obligatione principali cauſa ceciderat: hoc modo actio finitur, & tamen apparet, durare perſecutionē pignoris integram; quoniam ait ICtus, ſi inutilem facto ſuo debitor perſecutionem pignoris creditori reddiderit, dum ſeruū pignoratum corrupit, rem animaduerſione prætoris dignam eſſe: nimirum (vt puto) vt actionem vtilem creditori contra debitorem concedat: vt appareat nō dubitaſſe JCtum, quin ſeruum pignoratum perſequi jure pignoris potuerit creditor, ſi ille integer adhuc fuiſſet. Equidem ſi quis cauſa cadat, non perimitur ipſo jure obligatio & actio, ſed tamen quoniam iterum agenti exceptio rei judicatæ obſtat: & hoc rectè inter exceptiones refertur: quoniam ſi aliàs cauſa cognita fuerit debitor abſolutus, licet per injuriam judicis, pignus finitur. *l. ſi deferente* 13. *Quib. modis pign. ſolu.* Sed in ſpecie *dict. l.* 27. *de pign.* non finitur, ſed haud dubiè integra eſt eius perſecutio creditori, vt nec per exceptionem poſſit creditor repelli. Et eſt hic quoque modus merè ciuilis tollendi actionem: & ſine dubio hîc integra manet naturalis obligatio. Aliud exemplum, in quo præcipuè Dd. adquieſcunt, ſumitur ex *l. Cùm notiſſimi.* 7. §. 1. *C. de præſc.* 30. *ann.* ex qua actio hypothecaria durat quadraginta annis contra debitorem & eius heredem, actione & obligatione principali, jam, ante decennium, vt minimum, finita *l.* 3. *&* 4. *& de l.* 7. *C. de præſcr.* 30. *ann.* Verum iſtud quidē exemplū referri poteſt ſub generale caput,

caput, quo actio tempore finita eſt: cereroquin in iſtis terminis, quib⁹ proponitur in *d.l.7.* videtur ineptum exemplum ad *d.l.2.C.de luit. pign.* quoniam non dubitatur, quin per *d.l.3.4.&7.C.d.præſcr.30.ann.* nouum jus ſit ab Impp. introductum: & quod de ſanctione *d.l.7.§.1.* ſentiendum ſit *cap.ſeq.* aperiemus. Eſt aliud exemplum in *l.cum quis.38.§.vlt.de ſolutionib.* de fideiuſſore, qui fideiuſſerat pro alio, & in obligationem ſuam pignus dederat. Si fideiuſſor inſtituerit heredem debitorem confuſione, quæ eſt modus tollendæ obligationis, perimitur obligatio principalis, ſed manet obligatum pign⁹: nam & iſte modus eſt reuera merè ciuilis, vt obligationem naturalem perimere planè non poſſit: Et ex *d.l.38.§.pen.* confirmatur, quod ex Dd. tradit *Neguz.p.5.m.1.n.49.* quod per confuſionem non tollatur hypotheca. Et illud facilius eſt in ſpecie *d.§.vlt.* quoniam manent perſonæ diſtinctæ debitoris & creditoris. Et procedit idem tamẽ, ſi debitori creditor ſuccedat, quem caſum tractat *Neguz.d.loc.in pr.* & rectè limitat, procedere, ſi reuocabiliter adquiratur dominium, vbi heres de reſtituenda hereditate grauat⁹ fuit: qui caſus in *l.debitor.59.in pr.ad Treb.* tractatur, & dignus eſt, quem pluribus explicemus. Debitor inſtituit creditorẽ ſuum, heredem, (cui Stichum ſeruũ pignori dederat) eumq; vt alteri hæreditatem reſtitueret, rogauit. Creditor ſcriptus heres, cum adire hereditatem, vt ſuſpectam, nollet, ad fideicommiſſarii petitionem coactus à prætore ex Pegaſiano SCto adiit hereditatem, & reſtituit totam: quoniam qui coactus adiit, Falcidiam deducere non poteſt. Poſtea cũ debitorem fideicommiſſarius non ſolueret, creditor, qui hereditatem adierat, & quamuis coactus adiiſſet, ipſo tamen jure heres factus erat, pignus quod ſibi obligatum erat, proſcripſit, & cum emptorem res non inueniret, dominium ſibi à principe addici petiit: Ratio dubitandi contra creditorem, & ob quam omnino jus vendendi pignoris habuiſſe non videatur, ſumitur ex regula, quam *cap. præc.* propoſuimus: & eſt in *vers. aditione.* quod confuſa ſit per aditionem obligatio, nec poſſit idem creditor & debitor eſſe, ex quo & ipſam obligationem pignoris finitã eſſe infertur. In promptu quidem videtur eſſe, quod hic reſpondeatur quod ſubtilitate quidem mera juris ciuilis obligatio ſublata videatur, ſed cum creditor nullum ex aditione lucrum conſecutus ſit, & coactus præterea hereditatem adierit, & totam reſtituerit, id ipſi non debere præiudicare. Sed nõ eſt ad mentem ICti hæc reſponſio, qui ait ſimpliciter, cõfuſam eſſe per aditionẽ, obligationem, (& certo jure

confuſione perimitur obligatio) & ſaltem de eo diſputat,an propter pign⁹ aliquo jure creditori huic poſſidenti,ſiue non poſſidenti ſuccurri poſſit: & quod ait,videndum *ne & pignus ſublatum ſit,& liberatum,ſublata naturali obligatione*,duplicem accipit interpretationem 1. vt ea verba habeant rationem dubitandi , quod videatur ſublata naturalis obligatio , ſed reuera non ſit, & propterea pignoris obligatio duret. 2. quod per confuſionem ſit & naturalis obligatio ſublata ; quam ſententiam confirmat,quod non multo poſt ait JCtus,propter pignus manere naturalem obligationem. Quæ ſi eſt ſententia JCti vt ſanè eſſe videtur,at ea certe eſt nimis ſcrupuloſa , quam ego & æquitati & imo veritati non conuenire penè jurauerim. Et quis enim ferat,per aditionem illam coactam , & quam mox totalis reſtitutio eſt ſecuta, æquitatem illam tolli , & naturalem obligationem,quâ defunctus creditori obſtrictus fuit & rurſus quis non videat,ipſam rationem naturalem ſuadere,vt fideicommiſſarius,ad cuius petitionem heres coactus adiit,& qui omne commodum conſequitur , & in quem ex Trebelliano paſſiuæ , vt loquuntur , & actiuæ actiones tranſeunt,ſoluat quod debuit defunct⁹ creditori, verè immaginario heredi? Et contrà, an non apertè iniquum ſit,vt creditor qui coactus adiit , & qui forte pignus non debet,omni ſpe debiti cõſequendi priuetur? & fictitiæ illi pene,vtiq; nudæ aditioni,quæ ſine re eſt,tantum tribuatur,vt ea naturalem tollat obligationem? Equidem fortè poſſit imputari creditori, quod antequam adiret , non vſus eſt remedio,quod à loco proponit JCtus *vers. in re autem.* , Sed illa culpa omiſſionis non tanti eſſe debet, nec poteſt , vt iniquitatem tam manifeſtam excuſet : & regula illa quoq; nimis ſcrupuloſi juris. Quod ſemel heres perpetuò heres maneat,iſtum effectum operari non debet,aut ad illum potius caſum reſtringenda eſt,quo heres etiam defuncti bona re ipſa tenet. Fortaſſis ex eo ſubtiliter ſententia hæc Pauli defendi poſſit , quod vbi ſemel ciuilis & naturalis obligatio coniunctæ fuerunt , corruptio vnius , & nimirum ciuilis , videtur & alterius corruptionem ſecum trahere. Quinimo JCti noſtri obligationem iſtam non vt duplicem & mixtã, ſed vt ſimplicem, & quam non niſi ciuilem appellant, conſiderare videntur. Et ſanè hanc eſſe JCti *in d. l. 59.* ſententiã , quod obligatio tota videatur ſublata,& verò in ea ſpecie niſi pign⁹ interceſſiſſet,pro ſublata haberetur. Cetera quoque quæ ibi tractat JCtus confirmant *Neguz.* ibi pignoratitiam actionem fideicommiſſario JCtus , quæ aliàs ſoluto de-

to debito competit: quoniam pignoris obligationem non putat ſublatam. Negat itidem contra creditorem, qui rem tenet, perſecutionem fideicommiſſi, (quæ aliàs competit tamdiu, quamdiu rem aliquam hereditariam penes ſe habet heres grauatus) quoniam inquit JCtus, poſſidet & tenet rem quaſi creditor: quod ſi verò poſſideret tamquam heres, locus eſſet illi perſecutioni: quam & admittit JCtus, ſi nullum pignus interceſſiſſet. Quæ verba Iuriſconſulti fortaſſis non ſatis rectè explicaui ad *Treutl. ac mod. toll. obl. p.* 2. *theſ.* 1. vbi ea ita accepi, quaſi iis ſignificaretur, naturalem obligationem ſubſiſtere, hoc fundamento, quod ſi pecuniam ſoluerit fideicommiſſarius creditori, non poſſit repetere. Id quidem verum eſt per ſe, & aliquà confirmatur ex verbis inferioribus JCti *ind. l.* 59. Sed hæc ſanè Pauli in iſtis verbis, eſt ſententia, quod ſi pignus non interceſſiſſet, & v. c. ſeruus defuncti, qui eſt apud creditorē, pignori obligatus non fuiſſet, poſſit ſeruum eum petere fideicommiſſarius. Ex hoc ſane colligitur quod dixi, obligationem quoque naturalem in terminis non dati pignoris, à ICto pro ſublata haberi. Equidem non ex quauis cauſa retentio competit, ſed tamen poſita naturali obligatione videretur eſſe juſtiſſima, vt res, quæ defuncti fuit, ob eam cauſam & quod debuit defunctus, poſſit retineri contra heredem, qui naturaliter debet ex perſona defuncti. Et tamen hoc ipſo, quod extra terminos pignoris dati, fideicommiſſi petitionem concedit Paulus, jus retinendi ſatis apertè negat: quoniam vt dixi, ipſam naturalem obligationem pro ſublata habet. Sed enim, inquit ICtus, *propter pignus remanet naturalis obligatio.* Mira verò res, vt propter pignus, quod acceſſorium eſt, maneat obligatio principalis. Ea enim haud dubiè eſt ſententia ICti, quæ & ea de cauſa negat repetitionem ſoluti, & concedit retentionem, qui notiſſimus eſt effectus naturalis obligationis Et hoc enim vult ICtus, quod pignus faciat, vt heres naturaliter maneat obligatus ad ſoluendum debitum. Nec dubito errare Goth. qui verba illa ad ipſam pignoris obligationem refert: Et ita enim ibi annotauit: *confuſione obligationem perſonalem tolli, non realem, aut pignoratitiam.* Mitto quod inſubtiliter dicitur, *realis obligatio*: & quod ex contractu pignoratitio (de quo in *dict. l.* 59. etiam tractatur) qua tali, nonniſi perſonalis naſcitur obligatio, eſt præterea iſta explicatio omnino aliena à mente JCti, qui agit ibi de ſolutione & retentione debiti, & id repeti poſſe negat, quoniam naturalis obligatio manet, quæ etiam facit, vt nec pignoratitia fideicommiſſario, & contra, creditori Ser-

Digitized by Google

uiana actio aduerſus illum detur: quod fieri non poſſet,ſi nulla prorſus obligatio ſupereſſet: & inconcinnè ſanè diceretur, quod propter pignus maneat obligatum pignus: quod ex interpretatione Gothof. efficitur. At enim ICtus hoc vult,cum non interueniente pignore,tota obligatio peritura fuiſſet,per aditionem creditoris, & inde ſecutam confuſionem,pignus hoc operari,vt naturalis obligatio adhuc durare videatur.Sed enim,vt dixi,mira res eſt,quod per acceſſorium ſuſtineatur&conſeruetur principale:Ego penè exiſtimo hoc cõmentum fuiſſe Paulum cum aliis,qui cum ex ſcrupuloſitate juris & ſubtilitate cogerentur admittere effectum aditionis & confuſionis, & manifeſtam altera ex parte viderent æquitaté rei,in terminis vtiq; pignoris dati hoc pro remedio inuenerunt,vt dicerent;per pignus retineri obligationẽ naturalẽ. At enim quod impedit,quominus ſimpliciter agnoſcamus, licet nullum interceſſerit pignus, naturaliter tamen obligatum eſſe fideicommiſſarium,vt ſoluat debitum quod defunctus contraxit. Nec vmquam mihi quis perſuaſerit, quod commentum iſtud juris ciuilis, nuda actione ſine re,tollat vinculũ æquitatis, quod inducit & ſuſtinet obligationem naturalem. Et ita ego quidem omnino ſtatuam, quidquid etiam viſum fuerit Paulo. Et ita quoq; Bart.& alii hoc loco,quod naturalis obligatio non tollatur,quoniam heres coactus adierit, itaq; deficiet verus conſenſus. Et rectiſſimè hoc illi, ſed non æquè rectè quod hoc tamquam ex mente & ſententia ICti proponunt. Et ſufficere iſta ad interpretationẽ iſtius loci in *d.l.59.* ad Trebell. poſſunt: addamus tamen & cetera obiter: Ait ICtus, quod maneat naturalis obligatio propter pignus: & conſequenter etiam pignoris obligatio effectum habebit ordinarium,tum vt fideicommiſſarius non poſſit agere directa pignoratitia, tum ut creditor poſſit agere Seruiana,licet ipſe poſſideat fideicommiſſarius. Ratio proxima & adæquata eſt,& quod pignoris obligatio durat, & quod durat etiam principalis obligatio naturalis,quæ facit ut pignus *perſeueret.l.quæſitum.24.§.1.de pignorib.* Sed Paulus,cui merus ille ciuilis effectus confuſionis præſtrinxit oculos, longius petita ratione vtitur, *quoniam verum ſit non eſſe ſolutam pecuniam*, quibus verbis procul dubio reſpexit ad id, quod eſt in *l grege.13.§.etiam.4.de pignor.* quod hypothecaria actio habeat ſuas conditiones, id eſt, ſi ſoluta eſt pecunia aut ſatisfactum. Sed enim præſupponendi præterea ſunt termini habiles, vt & ſubſit aliqua obligatio principalis, ſaltem naturalis, quæ ſuſtineat pignus. Et, ſi ponamus verò totam obli-

Digitized by Google

obligationem principalem ſublatam, perpetuò negabo poſſe durare obligationem pignoris. Et vbi tota obligatio principalis ſublata eſt, perinde effectu habendum eſt, ac ſi pecunia eſſet ſoluta, ceteroquin etſi pactum eſſet de non petendo, diceremus adhuc ſupereſſe hypothecariam actionem, quod falſum eſt. Et hinc etiam & commodè explicandum eſt, quod ſtatim ſequitur in *d. l. 59. quemadmodum dicimus cum amiſſa eſt actio propter exceptionem.* Et quid enim hoc caſu nihilominus adhuc pignus obligatum maneat, & Seruiana actio competat, non eſt accipiendum de quauis exceptione, quæ præſertim faciat ceſſare vinculum æquitatis, veluti ſunt exceptiones pacti, juriſiurandi, imo & judicati, per ea quæ *cap. præc.* diximus ex *l. ſi defuncti. 13. Quib. mod. pign. toll.* Sed reſtringendum eſt ad exceptiones, quæ nituntur mero jure poſitiuo, nec infirmant aut tollunt vinculum æquitatis & naturalem obligationem: cuiuſmodi ſunt exceptiones, plus petitionis, præſcriptionis temporalis quas propoſuimus *ſup. hoc cap.. ex l. qui occidit. §. 1. ad L. Aquil. l. Seruum. 27. de pignor.* Vnum, ſed extra rem iſtam, in *d. l. 59.* difficile eſt explicatu: Ait ICtus, quod fideicommiſſarius contra creditorem poſſidentem non habeat pignoratitiam actionem, quoniam ea hereditaria ſit actio. Etenim nulla videtur connexio, cum vtiq; ex Trebell. omnes actiones transeant in fideicommiſſarium, nec dubium ſit, quin vbi quis coactus reſtituit hereditatem, tum vi & poteſtate Trebell, fiat reſtitutio, ita vt nihil maneat penes reſtituentem vt expreſsè ſcriptum eſt in *§. Ergo 6. vers. Sed ſi recuſabat. Inſt. de fideicom. hered.* Cuiacius *ad l heres. 21. de fideiuſſorib. tr. 7. ad Afric.* textum emendat, & addit negationem, *quia hereditaria non eſt actio.* Verum hoc ego rurſus non intelligo, quodmodo & quo ſenſu iſta actio negetur eſſe hereditaria, quam vtiq, certiſſimum eſt tranſire in heredem. Nec quidquam facit pro emendatione iſta *l. deducta. 58. §. 2. l. ſi heres. 73. ad Trebell.* Id quidem iſtis textibus & aliis multis probatur, quod hereditaria quæ ſunt, tranſeant in heredẽ & ita probatur conſequentia: hereditariũ non eſt; Ergo non tranſit in fideicommiſſarium, quod in terminis contracti pignoris probatur *ex d. l. 73.* Atqui ego nõ probationem iſtius connexi, ſed aſſumpti Cuiac. poſco: ꝙ pignoratitia actio non ſit hereditaria. An fortè ideò juxta Cuiac. emendationẽ negatur eſſe hereditaria, quoniã eſt quodãmodo, vt ita loquar, naturalis actio, aut quæ habet naturalẽ præſtationem, cuiusmodi actiones nec tolluntur minutione capitis. *l. eas. 8. de cap. minut.* & dantur etiam filiisfam. *argum. l. filiusf. de obl. & action.*
verum

Verum juxta hanc explicationem, affirmatiuam quoq; defendã lectionem, verbo *hereditarij* in ſpecie ſumto, & eo ſenſu, quo in *d.l.*59. creditor, qui etiam coactus adiit, vocatur heres, & ipſo jure ſubtili ratione heres manet, vt ita dicatur hereditaria hæc actio, quod in perſona eius qui adiit & ſemel heres factus eſt maneat, nec transeat in fideicommiſſarium. Sed iſtud in medium relinquo. Id jam ſup. *lib.* 2. *inſ.* tractaui. Quod vbi dominium reuocabiliter adquiſitum eſt, non finiatur hypotheca aut pignus, quod ex *d.l.*59. probatur, & id ibi Bart. & alii notant: vel maximè autem reuocabiliter quæſitum eſt creditori, qui coactus adiit & ſtatim reſtituit. Iam demum, vt ad materiam iſtius cap. redeamus, propoſuimus hactenus exceptiones ad regulam *cap.*1. quib. etiam ſublata obligatione principali, pignoris vincula manent. Et cum exceptio nõ ſit vna, ſed caſus plures, ſufficere illi poſſunt ad defendendum reſcriptum *l.*2. *C. de luit. pign.* vt neceſſarium non ſit, vt cum Cuiacio id ad caſum *l.* 1. *C. eod. tit.* reſtringamus, multò minus, vt cum Donello addamus negationẽ. Remanent, inquam, vincula pignoris ſublata obligatione principali, prout obligatio in jure noſtro & *κατ' ἐξοχὴν* accipi ſolet: oſtendimus enim, exemplis illis omnibus & ſingulis reuera ſubeſſe adhuc obligationem naturalem, quæ pignus ſuſtineat.

9 Videntur autem mihi Interpp. ſententiâ illâ, quæ ex hactenus relatis exceptionibus colligitur, aliquantulum abuti, veluti cum tradunt, hypothecam vel hypothecariam actionẽ, poſſe etiam cedi ſine principali obligatione. Ita *Bart. in l. fideiuſſor.* 16. *in pr. de fideiuſſorib. Alexand. vol.* 3. *conſ.* 47. *n.* 5. Et *Neguz. p.* 3. *m.* 1. *n.* 16. tradit, quod teſtator hypothecã ſine debito legare poſſit. Vtuntur illi arg. ex *d.l.*2. *C. d. luit. pign.* & quod obligatio principalis poſſit diuelli ab obligatione pignoris, imo hac manente, tolli: Verum jam diximus non tolli prorſus omnem obligationem: nec video quæ vtilitas poſſit eſſe huius ceſſionis, niſi ſimul jus principale ceſſum & translatum intelligatur: quo non facto, vtiq; debitor ei, qui ceſſit ſoluens, ſtatim facit inutile jus ceſſionarij: Et cũ nõ niſi creditori offerri debitum poſſit, ſi ceſſionarius nullum jus in principali habet, qui tandem poterit recipere oblatam pecuniam à poſſeſſore, quem conuenit actione Seruiana? & tamen jus offerendi minimè adimi poteſt poſſeſſori: Sed nec eiusmodi nudus ceſſionarius juris pignoris hypothecam vendere poterit: niſi eum quaſi pro procuratore habere velis. Neq; ſimile eſt, quod pignus pignori datur, quod ſpecialiter permiſſum eſt creditori, vt ſuo viciſſim creditori rẽ pro pecunia acce-

Digitized by Google

accepta obliget, hoc jure vt ſecundus creditor rem & vendere poſſit, ſaluo tamen ſemper jure primi debitoris, vt ſi ſoluat quod debet, pignus in vtriusq; creditoris perſona finiatur, de quo diximus lib. 2. Iam alios modos, quibus pignus ſoluitur, videamus.

CAP. III.

De præſcriptione, an per eam pignus finiatur.

1. *An præſcriptione tollatatur obligatio naturalis.*
2. *Ius ciuile an & quatenus infirmet naturalem obligationem.*
3. *Ad l. 7. §. 1. C. de præſcr. 30. ann. quomodo Seruiana duret. 40. annis.*
4. *Lapſus Triboniani.*
5. *An vſucapione vel præſcriptioni hodie finiatur pignus.*
6. *Seruiana pro rebus mobilibus quo tempore finiatur.*
7. *Ad l. 6. in pr. Quib. mod. pign. ſolu.*

QVÆ diximus *cap. præc. ad l. Qui occidit. 30. §. 1. de Lege Aquil.* admonent nos, vt plenius videamus, an per temporis præſcriptionẽ, & quam, & quatenus, pignus extinguatur? Duplex autem quæſtio eſt, tũ an per præſcriptionem temporis (de hac n. agemus) ſublata principali obligatione, ſimul & finiatur obligatio pignoris: tum an & quatenus per præſcriptionem directo ipſa pignoris obligatio tollatur. Et illud quidem præcipuè pertinet ad tractationẽ ordinariam de præſcriptione & eius effectu, ſed, vt de iſta re & quæſtione propoſita intelligi poſſit quid ſentiendum ſit, breuiter aliquid dicemus. Tractat eam quæſtionẽ *Vasquius part. priori illuſt. contr. c. 53.* & per præſcriptionem obligationem quoq; naturalẽ tolli adfirmat confidenter adeo, vt Dd. aliter ſentientes tantum non irrideat. Quæ ſi vera eſt ſententia, conſequens erit, vt obligationem quoq; pignoris ſublatã eſſe fateamur: ſi quidem, vt prædicta oſtendunt, nõ niſi ſuperſtite aliqua naturali obligatione pignus & pignoris obligatio durare poteſt. Sed apparet vel ex vnico textu *d. l. 30. §. 1. ad L. Aquil.* de quo *cap. præc.* diximus, opinionem illam ita ſimpliciter acceptam, eſſe falſam, ſiquidem maximè tempore amiſſa ſit actio, durare tamen obligationẽ pignoris, ex illo loco probatur: & proinde adhuc durat naturalis obligatio principalis. Et nimis frigida eſt ratio Vaſquii, qua mouetur vnica, q̃ Lex præſumat, ab ipſo creditore remiſſum eſſe debitũ. Quod ſi enim in genere de præſcriptone quatenus & dominus rem ſuam perſequens, excluditur, agimus, non pauca inter-

venire poſſunt, quæ excuſent & faciant, ne debeat videri remiſiſſe jus & actionem ſuam: cum *Iuſtin. in N. 9.* vſucapionem iniquum præſidium appellet, & imo in *princ. Inſt. de vſuc.* & *l. un. C. de vſuc. transf.* apertè jura vetera quibus miſeri, vt loquitur, domini matu[illegible] rebus ſuis defraudebantur, iniquitatis accuſet. De qua re vt accuratius [illegible] gamus inſtituti noſtri non eſt: Cæterum ratio jam relata ex Vaſquio videtur tantum pertinere ad actiones perſonales, & ad eam præſcriptionē, quæ dicitur currere propter ſolam negligentiam non petentium, in quibus terminis, præſumptio illa remiſſionis plus coloris fortè videatur habere, ſed color ille tantum eſt. Et Dd. imò hanc præſcriptionem vel maximè odioſam eſſe ſtatuunt, vt apparet ex traditis à *Garl. 1. obſ. 74. ſub fin.* Deinde poteſt, præſertim in perſonis heredū, allegari juſta ignorantia, qua poſita, negatur remiſſio. Sed & non poteſt dici remiſſio vera, qualis requiritur, ſiquidem debet tolli obligatio naturalis: & eſt imò tantum quædam præſumptio juris poſitiui, pro tuenda ſanctione juris ciuilis, quod introduxit præſcriptiones, & magis tamen, vt eſſet finis litium, *l. 1. de vſucap.* quæ ipſa ratio non facit, vt præſcriptione verè dici poſſit, ſublatam eſſe naturalem obligationem. Sed ſanè vtcunque reuera
2 adhuc ſubſit naturalis obligatio, poteſt tamen Lex ciuilis eam infirmare, & facere, vt ne ea in republ. ſua habet effectum, quod in obligatione pupilli etiam pubertatis proximi, mulieris interceſſione &c. fecit: quæ veriſſima eſt Dd. ſententia & explicatio, fatente (ſed malè diſſentiente) *Vaſq. d. cap. 53.* & atteſtante *Baldo, d. præſcr. p. 1. quæſt. 6.* Quod tamen ipſum ſimpliciter non videtur probari poſſe. Et, ſi enim infirmata eſt naturalis obligatio, qui poterit in terminis noſtris ſuſtineri pignus? Et fortè hic inter ſpecies præſcriptionis fuerit diſtinguendum: Quo breuiori tempore præſcriptio completur, eo magis abit ab æquitate: contrà, quo longiori tempore opus eſt, vicinior æquitati eſt, & rectius defenditur, vt patet ex *dd. textib. Inſt. & Cod.* & rationem habet, quod longior decurſus temporis firmat magis præſumptionem negligentiæ, præſertim ſi ex altera parte nihil ſit quod imputetur. Atq; huc refertur, quod traditur in *l. 30. §. 1. ad L. Aquil. & in l. debitor. 59. ad Trebell.* de actione tempore amiſſa, & quod nihilominus pignoris obligatio duret: & jure enim veteri actiones aut perpetuæ erant, aut breui pacis tempore, vt ferè prætoriæ, finiebantur. Vbi rurſus ſcrupulum mo-
3 uet diſpoſitio Juſtiniani in *l. 7. § 1. Cod. de præſcript. 30. ann.* ex qua hypothe-

pothecaria actio contra ipſum debitorē & heredem eius quadraginta annis durat, nec durare ea poſſit, niſi ponas durare vinculum pignoris: Quo durante juxta ea quæ hactenus diſputauimus, fatendum erit, obligationem principalem naturalem non eſſe ſublatam. At enim ſi longitudo temporis quidquam facere poteſt, vt obligatio naturalis aut ſublata, aut infirmata habeatur, ſufficere vtiq; debebit decurſus xxx. annorum: quo juxta *l. 3. & 4. de præſcr. 30. ann.* ipſa actio & obligatio principalis finitur, vt mirum ſit, poſt tantum temporis ſpatium, adhuc ſupereſſe obligationem pignoris, & adeo naturalem obligationem: Et cum non dubitetur, quin autores iſtius tricennalis præſcriptionis, pleniſſimè debitoribus & quibuscunq; poſſeſſoribus fauere voluerint, ſanè id beneficium hac ratione eluderur: Et cum enim vt plurimū in pignore plus ſit quam in debito, non poteſt dici eſſe ſecutus, à quo res pignorata vſq; ad 40. annos extorqueri, & jure pignoris etiam vendi poteſt. Et quod de temporalibus actionibus ex jure veteri adferri poteſt, non niſi ad eas, quę breui tempore viuebant, pertinere poteſt, cum ceteræ eſſent perpetuæ: atquin xxx. illud annorum ſpatium bono publico in locum perpetui temporis ſubrogatum eſt, vt diſertè teſtatur Juſtin. in *pr. Inſt. de perp. & temp. act.* vt litium tandem & contentionum eſſet finis: quem finem Theodoſ. *in d. l. 3.* non eſt adſecutus, ſi poſt xxx. annos actio hypothecaria datur: cum præſertim terminus ille xxx. annorum in *l. 3. in pr. Cod. de præſcript. 30. ann.* & perſonalibus & realibus actionibus indiſtinctè præfigatur. Dixerim ferè Tribonianum, à quo eſt *d. l* 7. §. 1. & iſta deciſio, fuiſſe deceptum, dum non 4
ſatis jus vetus intellexit, aut parum accuratè ad illud eiusque rationem animaduertit. Et 1. fortè legerat apud ICtos, vbi tempore amiſſa eſt actio, durare nihilominus pignus, vt ex *l. debitor. 59. ad Trebell. & ex l qui occidit. 30. §. 1. Ad L. Aquil. cap. præced.* probauimus: & nō animaduertit, intelligi præſcriptionem temporalem v.c. anni, cuiusmodi ſpacio pleræque actiones ex jure prætorio durant. Deinde vidit Tribon. etiam diſtingui circa durationem actionis Seruianæ, an ea cōtra tertium, an ipſum debitorem eiusue heredem moueretur, in *l. 1. & 2. C. ſi aduerſ. cred.* Sed rurſus non animaduertit, tum non excludi præſcriptionem xxx. annorum; tum quod præcipuū eſt, ſeculo quo vixerunt Impp. quorum ſunt illæ conſtitutiones, perpetuas fuiſſe actiones perſonales, neque dum ſpacio xxx. annorum fuiſſe incluſas; itaq; durante actione perſonali contra debitorem, conſequens fuit, & pignoris vin-

cula tenere: qua ratione ceſſante, & poſtquam actio perſonalis contra ipſum debitorē finitur annis xxx. nulla ratio eſt, vt Seruiana actio decennio amplius viuat. Poſſit quis fortè exiſtimare, *d. l.* 7. §. 1. ita eſſe explicandam, quod actio hypothecaria non duret ordinariè contra debitorem xl. annis, ſed quod ad ſummum eo vſq; extendi poſſit, ſuis nimirum caſibus, nam & actio perſonalis aliquando tam diu durat, vt eſt in *l.* 4. C. *de præſcript.* 30. *ann.* Sèd eam interpretationem ipſa ſanctio in *d. l.* 7. non admittit; quæ *in pr.* proponit, quod actio hypothecaria contra alios extra debitorem ad ſummum duret xxx. annis, & in § 1. indiſtinctè adduntur ei x. anni, ſi ſit mouenda contra debitorem, vt appareat ex ſententia *d. l.* 7. eſſe iſtam hoc caſu ordinariam iſtius actionis naturam. Et ex *eod. pr.* magis apparet; quod modò diximus, Tribonianum juris veteris ignorantia deceptum fuiſſe, aut potius malè id applicaſſe. Et ſcribit enim ibi juris eſſe notiſſimi, hypothecariam actionem contra extraneos quidem poſſeſſores triginta annis extendi, ſed contra debitores ipſos, & eorum heredes, nullis verſibus expirare luſtrorum. Id ſcil. verum fuit ante Theodoſium, cum adhuc actiones perſonales eſſent perpetuæ; Sed poſtquam in locum perpetui tēporis xxx. anni fuerunt ſubrogati, dico falſum fuiſſe & eſſe incepiſſe quod hypothecaria actio nullo tempore finiatur: & magis etiā falſum poſt Anaſtaſium, & ab eo ſancitam *l.* 4. C. *de præſcr.* 30 *ann.* nemo enim ſanus crediderit, ex tāta generalitate, vt omnes omnino actiones reales & perſonales tandem xl. annis finiantur nec vlla, quacunq; ratione mouendæ actionis facultas poſt elapſum tempus illud ſuperſit, (vt eſt in ſanctione *d. l.* 4.) actionē hypothecariam eximi poſſe: cum & prætereà in *fin. d. l.* 4. velit Imp. vt quisq; poſt annos xl. ſit ſecurus pleniſſima munitione: Atquin quem adhuc tenet hypothecaria actio, ille ſecurus pleniſſimè dici non poteſt. Et igitur falſum eſt, quod dicitur in *d. l.* 7., antea hypothecariam actionem nullis verſibus luſtrorum finitam fuiſſe. An fortaſſis, tempore Juſtiniani iſtæ ſanctiones Theodoſii & Anaſtaſii non fuerunt in vſu? Atquin hoc non poteſt excuſare Tribon. qui in Cod. retulit iſtas ſanctiones, ſed & ipſe in *l.* 1. §. 1. C. *de ann. exc.* omnibus actionibus in rem & in perſonam ann. triginta ſpatium præſcripſit. Planè quod in *d. l.* 4. dicitur, quod actio Seruiana contra alios poſſeſſores xxx. annis detur; non pugnat cum *leg.* 1. & 2. *Cod. Si adu. cred. præſcript.* quoniam intelligitur, *ad ſummum* durare tamdiu: & quid ſi enim poſſeſſor fortè ſit in mala fide & rem ſciat pignori

eſſe:

eſſe obligatam? Quidquid autem eius ſit, & vtcunque ſanctio ea Tribonianea in *l.7.C.de præſcr.30.ann.* cum ratione juris parũ conueniat, ea tamen obſeruatur: & videtur referenda inter exempla *l.non omnium.ff.d. LL.* & propter eam fatendum eſt, aut durare poſſe obligationem pignoris, ſublata omni obligatione principali, etiam naturali: aut, nec per tanti temporis curſum tolli aut infirmari vinculum æquitatis. Vtrumq; abſurdum eſt: Sed enim quod propter & per illam ſanctionem quæ verè eſt juris poſitiui, infertur & admittendum eſt, aliò non eſt extendendum. Cetera hic videntur expedita, & jam ſupra *lib.3.* vbi de hypothecaria actione, & an ei obſtet exceptio dominii, diximus, quod olim quidem vſucapione non fuerint ſublata vincula pignoris, quia illa anno aut biennio abſoluebatur: Sed cum hodie confuſa ſint vſu- 5
capionis & præſcriptionis jura, & 10. aut 20. annorum ſpatio, (quod olim obſtabat & Seruianæ & cuicunque in rem actioni) hodie res adquirantur, (quæ eſt vſucapio Juſtinianea) conſequitur, quod, cum exceptio x. aut xx. annorum etiam hodie obſtet actioni Seruianæ, hodie per vſucapionem jus pignoris perimatur: Et igitur præſcriptione x. aut xx. annorum (niſi poſſeſſor ſciat rem eſſe pignori obligatam) finitur Seruiana actio, vel vtiq; repellitur exceptione temporis, ſi extraneus poſſideat: quod ampliat *Neguz.p.6.m.2.n.2.* vt procedat, etiamſi poſſeſſor habeat rem ab eo qui fuit in mala fide. Ratio dubitandi eſt ex N.119. *cap.7.* vnde deſumpta eſt *auth.mala fidei. C. de præſcr. long. temp.* ex qua mala fides autoris nocet ſucceſſori etiam ſingulari, vt non niſi xxx. annis præſcribere, & adquirere rem poſſit, licet ipſe ſit in bona fide. Et ego tamen probo iſtam ampliationem: quoniam ſanctio illa Juſtiniani, per quam autoris mala fides imputatur ſucceſſori ſingulari, eſt noua & correctoria, & proinde ad terminos reſtringenda, in quibus loquitur, nimirum quando vindicat rem dominus, non, quando creditor: & aliàs rationis eſt, vt jus dominii ſit potentius, quã pignoris & hypothecæ. Hoc autem poſito fiet, vt ſi debitor dominus rei, poſt xx. annos euincat rem à poſſeſſore etiã bonæ fidei, ſed qui eã à malæ fidei poſſeſſore accepit, id proſit creditori, quem poſſeſſor quidẽ exceptione temporis x. aut xx. ann. excluſiſſet, ſed quem nõ poteſt hac exceptione excludere debitor, in quem hodie præſertim vſque ad xl. annos actio Seruiana datur. Ampliationem aliam proponit *Neguz. ad d.l.1.& 2. C ſi aduerſ.cred.præſcr.p.6.m.2.n.3.* vt hypothecaria excludatur præſcriptione x. aut xx. annorum ſpacio, etiam hodie poſt N.4. vtcun-

 que de-

que debitor principalis prius ſit excutiendus. Ratio dubitandi eſt,
quod videbatur illud tempus excipiendum, ſiquidem non valenti a-
gere non currere præſcriptionē vulgo traditur. Et tamen puto proban-
dam eſſe eam ampliationē, quoniā in poteſtate creditoris eſt, excutere
debitorē, & illud remouere obſtaculū & impedimentū. Quodſi forte
cum diē haberet obligatio, aut ex aliis cauſis juſtis, nō egerit creditor,
& interim debitor ſit fact⁹ nō ſoluēdo, & proceſſus excuſſionis longio-
res habeat moras, iniquū ſit ſi interim labātur xx. anni aut x. id creditori
nocere. Itaq; per reſtitutionem in integrum creditori tū fuerit ſuccur-
rendum: aut fortè proteſtando & conteſtando poſſit ſuum jus ſibi cō-
ſeruare. Porrò cum præſcriptionis tempus non ſit vniforme, ſed inter
præſentes decem, inter abſentes, xx. annorum, efficietur, vt aliquando
poſſeſſor præſcribat contra dominum, non autem contra creditorem,
& viceuerſa: prout hic vel ille abſens aut præſens fuit: ex quo alii com-
munis juris effectus ſequuntur, ut v. c. ſi dominus idemq; debitor in
alia prouincia, creditor autem præſens fuerit, poſſeſſor v. c. poſt 12. an-
norum ſpacium conuentus à debitore vincatur, qui creditorē viciſſet:
& rurſus Seruianâ actione contra dominum debitorem, vincat credi-
tor, qui agens contra poſſeſſorem, ſuccubuiſſet: quod & notat *Neguz. p.*
6. m. 2. n. 13. Sed quid juris dicemus eſſe in rebus mobilibus; quas poſ-
6 ſidet extraneus? Et communiter quidem Dd. ſtatuunt, creditorem, cui
pignori nexæ ſunt, Seruiana experientem, itidem non niſi x. aut xx. an-
norum exceptione repelli poſſe, vt refert & probat *Neguz. p. 6. m. 2. n. 14.*
Cui ſententiæ obſtat, quod in rebus immobilibus ita obtinet ex refor-
matione Juſtin. vt earum quoq; dominium non niſi per præſcriptione
x. aut xx. ann. quæ eſt vſucapio Iuſtinianea, adquiratur, qua eadē tem-
poris præſcriptione poſſeſſor extraneus excludit hypothecariam acti-
onem. Quod ſi eadem ratione in reb. immobilibus, & eodē temporis
ſpatio adquiritur dominium, & eadē præſcriptio temporis & domino
& creditori, vindicantibus . bſtat: eadem proportione, cum res mobi-
les ex Iuſt. ſanctione triennio adquirantur, & triennii præſcriptione re-
pellatur dominus, eadem præſcriptione creditorem vt repelli dicam⁹,
ratio ſuadet. Viderunt & Dd. hoc arg. quod citato loco mouet Neguz.
nec habent illi quòd reſpondeāt, niſi quod ita placuerit, vt ex *Bart. n. 15.*
refert Neguz atq; ita ſecundum eos eſt exemplū ad *l. non omnium. de R. I.*
Verum cum ipſi fundamentum ſuum ponant in *l. vſucapio. 7. C. de pign.*
quod nimir. vſucapio non perimat jus pignoris; inde ego effecero idē

obti-

obtinere in rebus immobilibus. vt & poſt xx. aut x. annos, quo tempore hodie res immobiles vſucapiuntur juxta Juſtin. ſuperſit & contra extraneum poſſeſſorem actio Seruiana, quod apertè falſum eſt. Et præterea illa opinio Interpp. præſupponit alium eorundē errorem, cui⁹ illi jam pridem ab aliis ſunt conuicti manifeſtò: quod nimir. vſucapionem reſtringunt ad res mobiles, præſcriptionem ad res immobiles. At enim conſtat quod vſucapione etiam res immobiles, & prædia, ſed Italici ſoli aut juris fuerint adquiſita. At proinde cum deciſio, quæ eſt in *d. l. vſucapio. 7. Cod. de pignorib.* quam ſupra multis aliis textibus confirmauimus, etiam pertineat ſecundum illius juris & temporis rationem ad res imobiles Italici ſoli, corruit hinc planè fundamentum Interpp. ex quo negant per vſucapionem rerum mobilium finiri pignoris obligationem, & poſt adquiſitum dominium durare affirmant actionem hypothecariam: quoniam iidem fatentur, quod eodē temporis ſpatio in rebus immobilibus, jus tale adquiratur, quo & dominus & creditor excludatur. Et correcta ratione Legis, ipſa Lex correcta intelligitur. Vnicū, quod mihi tamen nō ſatis facit, pro illa Interpp. opinione, quod creditor perſequens rem mobilē trium annorū præſcriptione nō excludatur, dici poſſe videtur: Quod cum olim prouincialium prædiorū non eſſet vſucapio, placuit tamen, poſſeſſorem præſcriptione x. aut xx. annorum defendere, quod æquum videbatur, vt poſt tanti temporis lapſum tandem poſſeſſor eſſet tut⁹: quæ eadē æquitatis ratio effecit, vt poſſeſſor etiam tanto tempore, contra creditorem eſſet ſecurus. Iſta a. ratio videtur ceſſare in rebus mobilibus: Simile exemplum eſt in vſusfructus amiſſione ex *l. pen. Cod. de ſeru.* vbi vſumfructum ſiue mobilium ſiue immobilium rerum eodem temporis ſpatio nimirum x. aut xx. annorum vult Juſtinian. amitti: cum tamen idem Juſtinian. in *l. corruptionem pen. C. de vſufr.* §. 1. *in pr.* talem exceptionem obſtare dicat fructuario vindicanti, quæ obſtaret ei qui vindicaret dominium. Et vel ideo defendere debemus, qua poſſumus, ſententiam illam Interpp. comunem: quod alias ab inſigni ſocordia excuſari non poteſt Tribon. quod non tantum in Digeſt. libris, ſed etiam in Codice repetitæ lectionis, reliquerit nobis *d. l. 7. Cod. de pignor.* quod per vſucapionem non exſpiret aut finiatur jus pignoris. Defendi n. ea ſententia aliquo modo poteſt, ſi ſaltē in rebus mobilib. pignoratis locum reperio. Et tamen huic controuerſiæ non frequenter ita locus eſſe videtur, cū res mobiles ferè non obligari tantum hypothecæ, ſed tradi ſoleant: in quibus ter-

minis

minis rei traditæ,& adhuc extantis penes creditorem,non poteſt eſſe huic quæſtioni locus,vt prorſus inſubtiliter notet &admoneat *Neguz. p.6.m.2.n.2.* non procedere præſcriptionem contra actionem hypothecariam,ſi creditor rem poſſideat; de quo nec anus dubitarit. Ad hanc autem materiam de liberatione aut finitione pignoris, per temporis lapſum,pertinet *textus in l.Item.6.in pr. Quib.mod.pign ſolu.*quæ tractat de diuerſo modo liberandi pignus, per tempus, ſi ipſa pignoris obligatio acceperit diem & terminum ad quem, (ceteroquin enim effectu non diceretur verè finiri) quo adueniente(nec aliud erit ſi obligatio principalis ita habuerit diem)pignus non quidem ipſo iure,ſed vtique per exceptionem finietur,vt rectè *ad d.l.6.* notauit Accurſius. Et iſtius finitionis, vt alibi,ita & hic non vnus,ſed duplex effectus eſt. Primus,in perſona creditoris, ſi hic poſt elapſum tempus experiatur Seruiana: & hic enim repelletur exceptione.Alter,in perſona debitoris,vt ſi res penes creditorem ſit, inſtituta directa pignoratitia actione eam repetere poſſit: quo reſpectu videtur præcipuè in *d.l.6.* dicere JCtus,quod pignus tempore ſoluatur.Et malè ibi Gothofredus id accepit de finitione pignoris per præſcriptionem longi temporis,de qua in *l.1.& 2.C ſi adu credit.* In illis terminis non ita finitur pignus, vt locus fiat pignoratitiæ actioni,ſed poſſeſſor tantū defenditur contra creditorem qui agit Seruiana,& nihil id ad creditorem & debitorem pertinet:an autem & quanto tempore præſcribatur pignoratitiæ actioni, infr. dicemus hoc lib. Obiter addo ad *d.l.6.* inſubtiliter dici à JCto, quod pignus liberetur,ſi id tempore ſit finitum:quis enim de eo dubitare poſſit, liberatum eſſe, ſi finitum eſt? Dicendum erat, etiam tempore finiri pignus: vel, liberari pignus, ſi tempus adiectum lapſum aut finitum ſit: nec magis ſubtile eſt, quod adiicitur, liberatum eſſe pignus ſi quacunque ratione oligatio eius finita ſit: de quo nemo ſanus dubitarit.

Nimirum:

—*Quandoq; bonus dormitat Homerus.*

Ca-

CAPVT IV.

De mutatione & tranſlatione obligationis.

11. *Ad l 1.§.vlt. Quib.mod.pign ſolu.*
12. *Ad l.27.§ 1.de procurat.*

OBligatio penitus perimitur, ſolutione, acceptilatione, &c. & ita quoq; juxta prædicta pign9 liberatur. Mutatur obligatio & transfertur in alium per nouationẽ, quæ & ipſa facit, vt pignora liberentur, *l.nouatione.18.de nouation.* Alia eſt mutatio obligationis, quando transfertur de perſona in perſonam: quod fit 1. per delegationem, per quam cum fiat nouatio, dubium non eſt, quin & ita pignora liberentur. 2. quando judicium ab vno acceptum in perſonam aliam transfertur: qui caſus proponitur *in l.1.§.vlt. Quib.mod.pign.ſolu.* vbi judicium à defenſore, qui cauit de judic.ſoluendo pignoribus datis, in dominũ transfertur; & liberari pignora hic quoq; reſpondetur: itaq; ſi ſententia poſtea contra dominum lata ſit, in quem judicium tranſlatum fuit, ſtipulatio, quæ inter petitorem & defenſorem interpoſita fuit, non cõmittitur, quoniam per illam tranſlationẽ, pignora ſimul & fideiuſſores liberati fuerunt, *d.l.1.§.vlt.Quib.mod.pign.* At obiicitur *l.in cauſa.27.§.1.de procur.* vbi dicitur, committi ſtipulatio, quæ interpoſita eſt inter procuratorem actoris & reum, licet judicium à procuratore ſit tranſlatum in dominium. Equidem dubito, an *Cuiac.ad Papin.lib.XI.reſponſ.ad d.l.1.§.vlt. Quib.mod.pign.* ceperit ſatis rationem differentiæ, quamuis Dd. reprehendat. Illud præmittendum eſt, quod actione conſentiente judicium fiat tranſlatum in dominum in ſpecie *d.l.1.§.vlt.Quib.mod.pign ſol.* nam vt præter & voluntatem eius id fiat, rationi non conuenit: quod non idem eſt in procuratore actoris. Atque hinc non difficulter expeditur iſta obiectio: quod nimirũ in ſpecie *d.l.1.§.vlt.* agitur de defenſore rei, qui cauit de judicato ſoluendo: at in *l.27.§.1.de proc.* de procuratore actoris, cui ſatisdatum eſt. Et ita eſt, vt quilibet abſentis & ignorantis quoq; defenſionẽ ſuſcipere poſſit, cum cautione de jud.ſoluendo, in quẽ & fit executio ſententiç, vt perinde obtineat, acſi nomine ſuo quis judicium ſuſcepiſſet. Et hic in ſpecie defenſor dicitur, qui cũ cautione ſine mandato interuenit, & ſtatim vt cauit, domini inſtar habet

Digitized by Google

l.Titius.76.de procuratorib. & proinde jus quæſitum eſt actori, vt ſine voluntate eius judicium nec in dominum volentem transferri poſſit. Sed haud ita ſe habet in procuratore actoris, qui non niſi ex mandato domini interuenit, & ex eius perſona omnia facit ita vt Reo magis cum domino, quam cum procuratore videatur eſſe negotiũ: &, quod caput rei eſt, in caſu *l.1.§.vlt. Quib. mod. pign. ſolu.* mutatur perſona rei, qui cauit, & volente & permittente actore alius ſuccedit: Sed in ſpecie *l.27.de procur.* manet eadem perſona Rei, qui cum cauerit procuratori, ex perſona alterius comparentis, & ex ipſa illa ſtipulatione procuratoris vtilis actio quæritur domino, non poteſt ob mutatam perſonam actoris, (quin ea nec vera mutatio eſt) extingui ſtipulatio, nec adeo aut pignora aut fideiuſſores poſſunt liberari: quàm differentiæ rationem benè etiam in *l.Iulian.11. Qui ſatisd.cog.* notauit Accurſius. Quid autem dicemus, ſi nõ defenſor in ſpecie dictus, qui ſine mandato interuenit, ſed procurator Rei ex mandato alterius interueniens, cauerit de jud. ſoluendo & poſt judicium ab eo in dominum fuerit translatum. Ego exiſtimo hoc quoq; caſu fideiuſſores & pignora liberari, & ſtipulationem ſolui. Nec me mouet exemplũ de quo jam diximus procuratoris actoris, à quo judicium translatum eſt in dominum, quo caſu pignora non liberantur. Eſt enim diuerſa vtriusq; caſus ratio. Et hoc enim manet eadem perſona Rei, illo autem caſu perſona rei mutatur. Deinde procurator actoris agit omnia ex perſona actoris mandantis. Procurator autem rei vtcunq; ex mandato domini judicium ſuſcipiat, tamen ex ſua ipſius perſona de judicato ſoluendo ſatisdare tenetur. Quod hinc, meo judicio, euidenter oſtenditur, quod qui ex parte rei interuenit, vtcunq; mandatum exhibeat, & vtcunq; ei à domino mandatum eſſe conſtet, adeo, vtcunq; ſub teſtificatione actorum à domino ſit cõſtitutus, tamen ſatisdare tenetur *l.1.in fin.C.de ſatisdando.* cuius rationem *in comm.ad tit.I.de ſatisd.* reddidi. Ita cum mandatum domini nihil faciat ad liberandum procuratorem à neceſſitate ſatisdandi, conſequitur, quod ille non alieno, ſed proprio nomine de judicato ſoluendo ſatisdet: & hactenus non cum procuratore ſit comparandus, ſed cum defenſore in ſpecie dicto. Ex quo efficitur, quod dixi, vt translato à procuratore Rei judicio, in dominum ſatisdatio & ſtipulatio ſoluatur, & fideiuſſores pignoraque liberentur.

Ca-

CAP. V.

De remiſſione debiti.

1. *Varij modi tollendi pignoris.*
2. *Per pactum de non petendo debitum, an ipſo jure finiatur pignus*
3. *Et quid, ſi pactum ſit inutile, ad l.1. §. 1. Quib. mod. pign. ſolu. & l. 5. Cod. de rem. pign.*

HOc inprimis agimus, vt ipſam rem, quantũ in nobis eſt, accuratè
explicemus, nec de methodo accurata nimis ſum⁹ ſolliciti: & ma-
teriam bene explicatã, facilè eſt redigere in aptiorẽ & commodiorem
methodum. Poſſint modi diſſoluendi pignoris ita diſtingui, quod alii
ſint mediati & quaſi obliqui, alii immediati & directi. Illos dico, q ten-
dunt ad diſſolutionẽ obligationis principalis, qua ſublata, (extra caſus
ſingulares, de quibus diximus) per conſequentiã ſimul conſumitur &
tollitur pignus. Hos dico, qui directò tendunt ad ſolutionẽ pignoris,
manente obligatione principali. Et hi rurſus varii ſunt: Et alii, qui-
bus tollitur pignus ipſo jure: alii, quibus per exceptionẽ. Rurſus qui-
busdam finitur aut tollitur pignus expreſsè, vt per pactum remiſſoriũ,
quo quis pignus ſe remittere dicitur: vel tacitè, veluti ſi pignus ſimpli-
citer quis reddat, vel pignoratam rem vendi, aut alii obligari permit-
tat. Et circa hos ipſos modos, quoſdã nimirum ex iis, intereſt inter hy-
pothecam ſimplicem & pignus in ſpecie dictum, translata poſſeſſione
in credirorem. Nos rem ipſam videamus. Et *ſup. cap.* 1. *&* 2. diximus,
quod ſublata principali obligatione, tollatur regulariter obligatio pi-
gnoris acceſſoria: vbi & pleroſque modos finitionis illius propoſui-
mus, quibus tũ ipſo jure finiatur obligatio principalis, tum per excepti-
nem, veluti ſi debitor abſolutus fuerit, aut ſe non debere jurauerit. Idẽ 2
eſt, ſi quis pactus ſit ne à ſe debitũ petatur, per text. in *l. ſi tibi. 17. §. de pi-
gnore. de pact.* Et facit ratio, vt quo caſu ipſo jure manet obligatio prin-
cipalis, (huiuſmodi caſibus, qui directi ſunt ad obligationem princi-
palem tollendam, ceteroquin tolli pignus poſſe integra prorſus prin-
cipali obligatione, certiſſimum eſt) & ipſo jure adhuc teneat pign⁹: &
ſicut contra actionẽ ex contractu principali opponenda eſt exceptio,
ita & creditor agens Seruiana, exceptione repellatur. Et quæ ratio

eſt pacti temporalis, de non petendo debito, v. c. intra annum, quod interim obſtat perſecutioni hypothecæ, eadem proportionaliter ratio eſt perpetui pacti, vt nimirum & in acceſſorio, & in principali obſtet exceptio. Et ita *Accurſ. in gl. magna.* (vbi diſtinctio magiſtralis) *ad dict. l. 17. §. de pignore in fin. gl.* diſertè, vbi principale debitum tollitur per exceptionem, hypothecam quoq; & pignus eodem modò docet per exceptionem tolli: quæ etiam *Bartoli*, *Alex. Iaſonis* & aliorum ad eum locum ſententia eſt: quam ſimpliciter refert & probat *Neguzant. p. 6. m. 3. n. 36.* A qua tamen diſceſſionem fecit *Salicet. in l. maior. 23. Cod. de pignorib. n. 3.* In quantum, inquit, pactum concernit ipſum debitum principale, illud tollit ope exceptionis: in quantum concernit pignus, tollit ipſo iure. Sed ita Salic. videri poſſit committere petitionem principii. Et rationem enim deſidero, ob quam pignus oporteat per pactum tale ipſo iure tolli. Et quidem ſi pactum fuerit directò cōceptum in ipſum pignus ſeu potius hypothecam, ipſo iure eam tolli verum eſt, quod paulo poſt pluribus probabo: atquin non propterea ſequitur, ꝙ idem operetur pactum, quod conceptum eſt in obligationem principalem: Et quidem agnoſco rationem differentiæ, quam Salic. eo loco innuit, quod hæc ſit natura principalis obligationis, vt pactū ipſo iure eam perimere non poſſit: alia a. ſit hypothecæ natura, quæ cum pactione nuda conſtituatur, etiam nudo pacto diſſolui poſſit: Sed ea ratio videtur procedere in pacto, quod directò tendit ad diſſolutionem pignoris, non in eo, quo remittitur debitum principale. Et poſſit tamen pro Salic. ita diſputari, quod per pactum, de quo petendo debito non poſſit alia ratione pignus ſublatum intelligi, niſi pactum ita accipiamus, quod ſimul & hoc vt tollatur pignus, tacitè ſaltem conuentum intelligamus. Quo poſito, cum regulariter eadem vis ſit taciti, quæ expreſſi, pignoris obligationem ipſo iure ſublatam eſſe, conſequi videtur, quæ ſanè Saliceti ratio eſt. Et cum aliàs quoque ſine pignore ſubſiſtere obligatio principalis poſſit, citra abſurditatem obligatio principalis ipſo iure poſſit manere, vtcunq; obligatio pignoris planè ſit perempta. Et præterea Saliceti opinio iuuari poteſt ex *l. quæſitum. 14. §. 1. de pignor.* vbi ait JCtus, naturali obligatione durante, perſeuerare pignus. Ex quo effici videtur à contrario ſenſu, ſublata ſi ſit naturalis obligatio, quod fit per pactum, vtcunque ciuilis nuda adhuc maneat, peremptum eſſe pignus. Et amplius cum hypotheca contrahatur conuentione nuda, & defendatur vinculum iſtud ſolummodo

ex iure

Digitized by Google

ex jure prætorio, & hoc jure nuda ciuilis obligatio penè pro nulla habeatur *argum. l. 3. §. 1. D. de conſtit. pecun.* conſequenter, ſi ex principali obligatione ſublata ſit ſaltem naturalis, non videtur durare poſſe obligatio hypothecæ. Et juuatur opinio Saliceti, *ex l. 1. §. 1. Quib. mod. pign. ſolu.* quo & præcipuè vtitur & mouetur Salicetus. Docet apertè ille locus, quod pactum inutile ad tollendã obligationem principalem, tollat nihilominus pignoris obligationẽ: quod fieri non poſſit, niſi ſimul hoc, vt ſublatum eſſet pignus, conuentum intelligeretur. Et ita igitur pro Saliceto argumentari licebit: Si pactum conceptum in principalem obligationem, operatur in obligationem hypothecę, hoc operabitur, vt tollatur ipſo etiã jure: quoniam in obligatione iſtã nihil eſt aliud, niſi vinculum juris prætorii, quod nuda conuentione conſtituitur. Et in dubio cum obligatio ſoluta dicitur, ſicut *in dict. leg. 1.* pignus dicitur ſolutum, & liberatum, liberatio, quæ ipſo jure fit, debet intelligi, vt verba in fortiori ſignificatu accipiantur: Quo etiam pertinet, quod eſt in *l. 11. §. 2. de pign. act.* naſci actionem pignoratitiam, ſi cõuentum ſit, ne pecunia petatur, ita quidem vt quo hactenus hoc pactũ cum acceptilatione comparetur. Accedit porrò *l. 5. in pr. Quib. mod. pign. ſolu.* vbi dicitur pignus ſolui, ſi paciſcatur creditor ne pecuniam petat, & comparatur id cum pactione vt ab hypotheca diſcedatur, qua pignus ipſo jure liberari, dicemus *cap. ſeq.* Et in *l. 5. §. 1. eod. tit.* dicitur, quod qui de non petendã pecunia paciſcitur, intelligi idem pactus eſſe de hypotheca: atquin vt ſuperius diximus, poſito pacto tali, hypothecæ vinculum ipſo jure eſt ſublatum. Facit etiam *l. pen. Quib. mod. pign. ſolu.* vbi qui pignora acceperat, ſi eiuſdem debiti nomine accipiat fideiuſſores, dicuntur illæ res pignori eſſe DESIISSE: ex quo refutatur quod Neg. ſcribit, per tacitam conuentionem nihil ipſo jure tolli poſſe: & probatur, quod & per conſequentiam, & per obliquum ipſo jure ſolui pignora poſſint: neq; enim ibi expreſsè hoc actum proponitur, vt pro pignoribus darentur fideiuſſores: & verbum *deſiiſſe* vix patitur, vt intelligamus liberationem, quæ fit opere exceptionis. Facit etiam *l. 2. C. de rem pign.* qua dicitur, pignus conſenſu contrahi & diſſolui, & vtiq; videtur intelligi diſſolutio quæ fit ipſo jure. Et tamen ibi non proponitur pactũ expreſſum, ſed tacitum, vbi creditor rem venditam alienari permiſit: quod rurſus oſtendit, etiam obligationem, per tacitam conuentionem ſolui ipſo jure poſſe. Et hæc diſputari ita pro Saliceto poſſunt. Sed præcipuè contra eum facit ſupra

tionis dicitur, intelligat. Sed nimis multa fortaſis de quæſtione, quæ plus ſubtilitatis quam vtilitatis habet: in qua ego tamen inclino magis in Saliceti opinionem. Quicunque enim effectus pacti ſit infirmanda obligatione principali & ſubducenda naturali, vtique hoc poſito, quod ſatis probauimus, quod pacto interpoſito ſuper obligatione principali, cenſeatur etiam conuentum de remittendo pignore, fortiter infertur pro Salicet: quod & ipſo jure pignoris obligatio ſit ſublata. Vt autem pactum ſuper principali hunc effectum tollendi pignoris ſiue ipſo jure, ſiue per exceptionem, operari poſſit, pactum quoque illud iuſtum & legitimum eſſe oportet. Quod vel ideo hic nobis ſubiungendum eſt, quia textus in *d. l.* 1. §. 1. *Qub. mod. pign. ſolu.* de quo ſupra non pauca diximus, iſti ſententiæ videtur refragari: vbi cum remiſſio debiti ſit inutilis, tamen defenditur remiſſio pignoris: Quod à ratione abire videtur. Ex quo enim pactum immediatè reſpicit obligationem principalem, non videtur pignoris obligationem tollere poſſe, niſi quatenus etiam & prima tollitur obligatio principalis, in quam pactio directa eſt, & quæ proinde, ſi in principali eſt inutilis, nō videatur aliquid poſſe operari in obligationem pignoris acceſſoriam: cum & hæc mens videatur eſſe creditoris, vt non niſi per cōſequentiam principalis, velit ſublatam obligationem acceſſoriam: vt proinde illa ſalua non videatur hæc poſſe pro ſublata haberi. Et ſecundum hoc reſcriptum eſt *in l. debitum.* 5. C. *de rem pignoris.* quod ſi cōuentio, qua remiſſum eſt debitum, ſit inutilis, creditor pignora poſſit vindicare. Varia hic afferuntur pro compoſitione *d. l.* 5. cum *d. l.* 1. §. 1. *Quib. mod. pign. ſolu.* Altera Accurſii explicatio, quod in *d. l.* 1. §. 1 pign[9] fuerit ſeparatim remiſſum, diuinatoria prorſus eſt; reliquæ duæ non ſunt improbabiles, 1. quod *in d. l.* 5. C. *de remiſſ. pign.* conuentio fuerit inutilis ob vitium internum, puta ob metum vel dolum adhibitnm. 2. quod prohibitio quæ in *d. l.* 5. pactum facit inutile, ſit perpetua, & quæ jure ordinario nullā faciat conuentionē, quod ſecus in *d. l.* 1. § 1. *Quib. mod. pign. ſolu.* Sed Cuiac. *in d. l. Ad Pap. lib. XI. reſp.* iſtas Acc. reſponſiones reprehēdit: & nihil eſſe facilius ait: Ego verò aut nihil video, aut Cuiac. ibi ineptit. Fateor, inquit, per pactū inutile remiſſæ ſortis, non remitti pignus: vt per donationē inutilē remittitur pign[9], non donationis inutilis, ſed pacti poteſtate, ꝙ nō eſt inutile, quāuis inutili donationi inſit. Atquin, inquam ego, pactum remiſſorium, nihil aliud re ipſa eſt, quam donatio *l. 1. de transact.* neq; in ſpecie *d. l.* 1. § 1. quidquā actu numeratū,

ſed

ſed tantum pretium reſiduum remiſſum eſt, per literas ad emptorem ſcriptas, quæ pactum remiſſorium in ſe habent. Et, ſi in remiſſione inutili debiti pretii juxta *d.l.1.§.1. Quib. mod. pign. ſolu.* ineſt pactum vtile, cuius vi remittitur pignus, quod in eadem ratione dicemus in pacto inutili remiſſi, ineſſe pactum vtile, quo ſoluatur pignus, ſiquidem, vt prædiximus, quisquis debitum remittit, etiam pignus res mittere per conſequentiam vtique intelligitur *l.5.in pr. & §.1. Quib. mod. pign. ſolu.* Hoc autem eſt contra *d.l.5. C. de remiſſ. pign.* Licet ex aduerſo pro *d.l.5.* diſputari poſſit, quod cum pignus ſit acceſſorium, creditor non niſi ſub conditione remiſſi debiti, in remiſſionem pignoris conſentire voluiſſe intelligatur: &, ſi debitum in ſuo ſtatu & vigore manet, præſumitur & velle, vt pignus ſibi maneat, quod pro ſecuritate debiti eſt obligatum. Et prorſus hactenus inter vtrumque caſum in *l.1.§ 1. Quib. mod. pign. ſolu.* & in *l.5. C. de rem. pign.* nulla apparet idonea diuerſitatis ratio. Accurſii duæ ſuperiores explicationes nodum ſatis expediunt, ſi addantur quæ idem ſcribit ad *l. ſi tibi. 17. §.2. de pactis.* vbi diſtinguit an remiſſio debiti vitietur ex cauſa, quæ etiam reſpicit pignus, vt tunc etiam pignoris remiſſio nulla ſit: an ſecus? Ponamus exemplum inter coniuges. Donatio inter eos prohibita eſt, ſed non remiſſio pignoris, quod & expreſsè coniunx coniugi remittere poteſt *l. etiam. 11. & l. jubemus. 21. Cod. Ad SC. Vell.* & præterea donatio inter coniuges ex ſpeciali prorſus cauſa prohibita eſt, & nec omnis prohibita, ſed multis caſibus valet: ſed & nec omnimodo damnatur, verum morte donatoris confirmatur: Itaque ſi vir vxori debitum pignoratitium remiſerit, pignus eſſe remiſſum, licet remiſſio debiti inutilis ſit, adfirmatur juxta *d.l.1.§.1. Quib. mod. pign. ſolu.* quod & exemplum in *d. l.5. Cod. de rem. pign.* proponit Salicetus: licet ea ſpecies non ſit *dict. l.1. §.1. Quib. mod. pign. ſolu.* Sed hæc Titius cum vendidiſſet prædium, accepta parte pretii, alteram partem & reſiduum, pro quo ipſum prædium hypothecæ ipſi obligatum erat, emtori donationis cauſa remiſit. Poſtea Titius conuictus fuit capitalis criminis, ante donationem admiſſi, & propterea ex conſtitutionibus principum, donatio fuit retractata, *l. poſt contractum. 15. D. de donat.* Publicatis proinde bonis, & reuocata donatione, fiſcus quaſi ſucceſſor Titii, & qui occupat publicata bona, pro portione pretii donationis cauſa remiſſi, perſequitur prędiũ hypothecatum: ſed contra eum Papin. reſpondet, quod licet donatio inutilis ſit, tamen pignus fuerit liberatũ. Et ſunt in ſpecie, quæ pro hac

decisione

deciſione faciunt. 1. quod ipſa publicatio bonorum eſt odioſa, neque hic fauorabilis eſt fiſcus. 2. quod & retractatio donationis eſt odioſa, & magis. 3. & præcipuè, quod quoad creditoris intentionem & voluntatem omninò etiam debitum ipſum remiſſum fuit: quod cum ex ſpeciali cauſa retractetur in fauorem fiſci, non debet id nocere poſſeſſoribus rerum pignoratarum, quæ reuera liberatæ fuiſſe intelliguntur. Et hæc de inutilitate pacti dicta in genere procedunt, ſiue Lex inutilē faciat conuentionem, ſiue ipſa conuentionis qualitas, ſiue qualitas & conditio perſonæ, itaq; ſi pupillus aut alius, qui non habet adminiſtrationem bonorum, pactum de non petendo faciat, pignoris obligatio non ſoluitur: quod pro regula puto in dubio eſſe tenendum; ex *l. 5. C. de remiſſ. pig.* vt ſi inutilis ſit remiſſio debiti, nec liberatū ſit pignus: quod & probat *l. 11. §. 2. de pign. act.* ibi, *pactum cui ſtandum eſt.* Et habent enim caſus illi, quibus diuerſum obtinet, proprias rationes, & quæ faciunt exceptionem.

CAPVT VI.

De remiſſione ipſius pignoris.

1. *Obligatio hypotheca nudo pacto ipſo jure tollitur.*
2. *Ad l. 5. Quib. mod. pign. ſolu.*
3. *An pignore tradito, obligatio ipſo jure per pactum ſoluatur.*

IAm videamus modos, qui directi ſunt immediatè in ipſam pignoris remiſſionem & liberationem. Nemo dubitat, per Aquilianam ſtipulationem & acceptilationem pignoris quoq; obligationē tolli poſſe, aut ſimpliciter quoq; per acceptilationem: nā quæ pacto nudo, eadem & ſtipulatione conſtitui poteſt obligatio. Sed enim cōſtat modum iſtum non eſſe neceſſarium: & ſicut nudo conſenſu conſtituitur, ita nuda quoque conuentione hypotheca diſſoluitur. 1. 1 *de pignor. action. l. 2. Cod. de remiſſion. pignor.* Et de huiusmodi n. caſu loquimur, & hos terminos ponimus, quibus res ſubſiſtit in terminis nudi pacti: ceteroquin ſi quid præterea amplius ſit, nuda conuentio vt maximè directa ſit in ipſam obligationē, diſſoluere eam totam non poteſt. Itaque pignoris obligatio contracta per traditionem, (quomodo conſtituitur realis contractus) per pactum nudum remiſſorium, ipſo vtiq; jure diſſolui vix poteſt. Sed vbi nuda conuentione conſtituta eſt hypotheca, nudo quoq; pacto eam diſſolui ipſiſſima ratio ſuadet: nec dubium eſt ita ſentire communiter Interpp. (per ea quæ 2

tradit *Neguz.p.6.m.3.n.3.*) cum,vt paulo ante diximus,non deſint, inter quos eſt Salicetus, qui per pactum remiſſorium debiti, hypothecã ipſo jure diſſolui putent: Atq; ita poſt Accurſium *in d.l.17.§.2.de pactis. Bart.Iaſon.& communiter ceteri*, & Iaſon de conſentienti veterum opinione, quod ipſo jure ita tollatur hypotheca, atteſtatur. Vt mirari libeat quid in mentem venerit *Cuiac.& Fab.* (quamuis hic ſoleat ferè ſemper garrire nugas) qui *in d.l.17.§.2.de pact.* licet expreſsè remiſſa ſit hypotheca, tn. non niſi per exceptionẽ eam liberatã eſſe contendunt: quos ſanè ille locus nihil juuat, qui vt maximẽ de pacto remiſſorio hypthecę accipiatur, (quod & alii putant) tamen explicari poſſit, de caſu quo pignoris cauſa res fuit tradita: aut cum aliis quibusdam, de pignoris remiſſione tacita: aut diſtingui (& id tamen nimis videatur ſuperſtitioſum) cum Baldo, inter pactum de non petendo pignore, & inter remiſſionem pignoris. Verum nihil video quod obſtet, quominus ille locus intelligatur de pacto remiſſoriorio debiti principalis: quod in toto illo tit. intelligitur per pactum: *De nõ petendo* ſcil. pecuniam: quale pactũ *in d.§.2.* proponitur. Nec mouet Fabri arg. quod pactum confirmatum jure prætorio non poſſit nudo pacto tolli. Et præterquam enim, quod & pacta per Edictũ ſuũ prætor confirmauit, reſpondeo, obligationes quæ conſiſtunt in nudo conſenſu, & in eo & à jure gentium totam ſuam habent eſſentiam, ipſo jure etiam per pactum nudum & nudũ conſenſum tolli. Et ſubducta enim per pactũ & contrariũ conſenſum tota eſſentia cõuentionis & obligationis, nõ poteſt fieri, vt obligatio duret, neq; vt duret, nuda approbatio juris prętorii facere poteſt. Cum (quod à maiori argum. fortiſſimum eſt) amplius nec juris ciuilis nuda approbatio id facere poſſit, & conuentiones etiam à jurę ciuili approbatæ, & quæ in terminis nudi conſenſus ſubſiſtunt, per pactum nudum ipſo jure tollantur, veluti emptio, locatio, &c. rebus adhuc integris, quod ipſe Faber cogitur fateri, & probatur *per.l.7.§.adeo.in pr.l.ſi vnus. 27.§.pactus.2.vers.idem.l.ab emptione 38.de pactis.l.3.in pr.de reſc.vend.§.vlt.Inſt.Quib.mod.toll.obl.l.1.& 2.C.Quand.lic. ab empt.diſc.* Qua inſtantia arg. illud Fab. & Cuiac. conuellitur. Et ridiculus eſt Faber, qui nihil ſimile eſſe ait, nec tamen rationem differentię adducit: quam tamen ſuppeditant *Iaſon & Bart.* quod per pactum, de hypotheca conſtituatur ius in re: qua de cauſa Iaſon reprehendit Acc. qui dicit naſci ciuilem & naturalem obligationem. (Et Accurſ. enim idem argumentum mouet, & verbo *ciuilis* in genere accepto & prætoriam

riam obligationem comprehendit)cum actio Seruiana ſit merè realis, & matrem adeo obligationem non habeat. Sed nimirum rectè ſentit Accurſ. & Iaſon hic cum pleriſque aliis falſus eſt, & cum his quoque Faber: quoniam, vt ſupra non ſemel monuimus, actio hypothecaria non naſcitur ex pacto propriè loquendo, ſed ex Edicto magis prætoris, qui hoc diſpoſuit & conſtituit, vt ſi res data aut obligata pignori eſſet, creditori actio in rem daretur: conuentio de pignore autē nihil aliud facit, quam vt res pignori ſit obligata, quod ſup. *l.* 3. *c.* 1. explicauimus. Et differentiæ itaq; ratio iſta nihil mouet: quoniam jus agendi Edicto eſt tribuenda prætoris, ſed conuentioni nudæ, obligatio pignoris, quæ ſi per contrariam conuentiōem ſit remiſſa, nihil ſupereſſe prorſus, nec perſonale ius poteſt, nec reale. Porrò pactum pignoris remiſſorium vel ſit abſolutè & ſimpliciter, vel ad tempus, idq; vel mediatè, ſi pactus ſit creditor de non petendo pecuniam intra annum (de quo modo ſoluendi pignoris ante egimus) vel immediatè, ſi de hypotheca pactus ſit, intra biennium non perſequenda: vterque caſus tractatur in *l.* 5. *in pr. Quib. mod. pign. ſolu.* quem locum hic obiter explicabimus, quoniam contortam habet ſententiam, & quem ſuſpicari liceat, illotis manibus à Trib. fuiſſe tractatum & interpolatum. Puto hanc eius eſſe ſententiam: Pignus remiſſo debito per pactum de non petendo, & ipſum remiſſum intelligitur, ſi videlicet pactum ſimpliciter & in rem conceptum ſit, quale in dubio præſumitur, arg. *l. ſicut.* 8. §. 1. *Quib. mod. pign. ſolu.* Quod ſi pactum ſit in perſonam conceptum, vt ne à ſolo debitore petatur (quo caſu petere heres poteſt) pignus non ſoluetur: qui illorum verborum eſt ſenſus, *Niſi quis dicat pactum interpoſitum eſſe, vt à perſona non petatur.* Deinde ſi non ſuper debito, ſed ſuper hypotheca ſit conuentum, vt ne à debitore, penes quem tum erat, petatur, ibidem non liberabitur pignus, ſed ſi id peruenerit ad alium poſſeſſorem, integra manebit actio creditori, qui ſenſus videtur illorum verborum, & *quid ſi hoc actum eſt, cum alius hypothecam poßidebit.* Quamuis iſta ſententia non vt certa, ſed vt dubia ibi proponatur: Et enim JCtus ſuæ Tribon. dubitare videtur, an hoc actum præſumatur, & magis eo inclinare, vt præſumatur pactum in rem, vt planè ab hypotheca diſcedatur: Et ita enim accipio, quod ſubiicitur in *vers. Sed cum pactum.* vt & ab hypotheca diſcedatur, nimirum licet ea futura ſit apud alium: quamuis ſanè verba ad iſtum ſenſum efficiendum inconcinna & penè inepta eſſe videantur. Atque hæc de hypotheca in ſpecie di-

Digitized by Google

cta. Quod ad pignus in ſpecie attinet, cuius poſſeſſionem habet creditor, vtcunq; contractus ille realis ſit, tamen pactum habet effectum: Et quidem ſi pactum ſit de non petenda pecunia, tamen pro pignore petendo naſci pignoratitiam actionem, reſponſum eſt in *l. ſolutum. 11. §. 2. de pign act.* & quanto magis igitur, ſi directo conuentū ſit, vt à pignore diſcedatur, in quibus terminis, & quomodocunque ita conuentum & actum ſit, vt diſcedatur à pignore, naſci pignoratitiam directam actionem, reſponſum eſt in *lege nona. §. tertio. de pignor. action.* Sed an ipſo jure ita ſoluitur pignus, an exceptione aut replicatione opus erit? Poſterius hoc videatur rationi conuenire magis, cum per traditionē pignus hîc ſit cōſtitutū, vt proinde exceptio pignoris, ſi obiiciatur actioni pignoratitię, quā mouet debitor, replicatione pacti: & actio hypothecaria, ſi forte amiſſa poſſeſſione eam exerceat creditor, exceptione pacti ſit repellenda. Video tamen Bartolum aliter ſentire *in l. ſi tibi. 17. §. 2. de pact.* vbi exiſtimat, quod etiam hoc caſu ipſo jure liberatum ſit pignus, ex hac ratione, qua etiam ſupra vſi ſumus, quod traditio ad inducendam aut intendendam pignoris obligationem, aut producendam actionem nihil operetur: In quam ſane opinionem jam (& fatebor ingenuè me hac in re in Notis & animad. ad Treutl. *de pign. th. 9.* erraſſe) ſum procliuior: quoniā ſanè pignoris obligatio conſtituitur nuda & ſola conuentione, *l. 1. in pr. de pign. act.* & quod traditio accedit, non intendit obligationem pignoris, ſed tantum facit; vt tanto certius ſit cautum creditori. Neq; huic arg. ſatisfacit, quod ex Fulgeſio reponit *Neguz. p. 6. m. 3. n. 35.* (vt appareat fortè plures ſenſiſſe contra Bart. quem & Neguz. ibidem vt ſibi contrarium allegat.) quod conſenſu nudo perficiatur & venditio, & tamen traditione facta, nudo cōſenſu aut nuda conuentione citra retrotraditionē ipſo jure diſſolui ea non poſſit. Eſt enim nimis manifeſta inter vtrumq; caſum differentiæ ratio: quod nimirum ex venditione obligatio tantū perſonalis naſcitur, & ſecuta traditio operatur planè nouum effectum, & aut dominiū aut conditionem vſucapiendi transfert, in quæ pactum nudū operari, & ea ipſo jure non poteſt diſſoluere: atquin per ſolam conuentionem de pignore creditor jus in re conſequitur, in quo etiam tota eſſentia pignoris, quantum ad creditorem, conſiſtit, cui nihil addit traditio, nec nouum jus ponit creditori, ſed tantum tribuit poſſeſſionem: nihil inquā addit, quod ad jus pignoris, ceteroquin habet poſſeſſio alios & proprios effectus, de quib. egimus *l. 3.* Et hic tamen omnino obſtare vi-

de-

dètur *l.ſi tibi.17.§.2.de pact.* quę per exceptionem ait tolli hypothecam. Et, ſi n. etiam tradita re pactum diſſoluit ipſo jure pignus, itidemq; id operatur pactum nudũ de nõ petendo pecuniam, vt ſup. ex Salic. diſputauimus, quo tandem caſu ſententiæ illi & exceptioni erit locus? Et vtcunq; ſanè cõuentio nuda pariat obligationẽ pignoris, tamen poſtquam placuit rem tradi; & pro hoc modo inducendæ obligationis ſpecialis contractus receptus eſt, hoc caſu non per conuentionem nudam, ſed per traditionẽ videtur obligatio pignoris conſtitui, quę ſententia mihi tutior videtur. Porrò quod diximus ſup. *ca.præc.* de pacto remiſſorio debiti, oportere id regulariter vtile eſſe, ſi debeat diſſolui pignus: idem & huc repetendum eſt: Inutile enim pactum regulariter nihil operatur. Itaq; ſi pupillus v.c. remittat pign⁹, inutilis eſt remiſſio. Idem eſt in filiof. & ſeruo, de quibus *in l. ſicut, 8.§. an paciſci. 5. Quib. mod. pign. ſolu.* Licet enim habeant & liberam peculii adminiſtrationem, tn. remittere nihil poſſunt, id enim habet ſpeciẽ donationis. Additur in *d.§.5. Sed dicendum eſt, poſſe concedere, ſi pretiũ accipiunt.* Parũ ſubtiliter, quoniam hoc ipſo negatur, eos poſſe paciſci, nã qui pretiũ accipit, is pacto nihil remittit, ſed vendit aut permutat: idq; euidentius eſt, ſi *pro actione* cum vulg. legamus, pro quo in Flor. eſt, *pro pactione*: quod vtrumq; tamen eodem redit. Et fortaſſis huic quoq; loco manum admouit Trib. & eſt ſanè valde inſolita phraſis illa ind. §. *l 8. concedere poſſe*, id eſt, paciſci de pign. remittendo. Procurator quoq; remittere pignus non poteſt: niſi ſit in rem ſuam *d. l. ſicut. 8.1. Quib. mod. pign ſolũ.* aut habeat ſpeciale mandatum. *l.7.§.1. eod. tit.*

CAP. VII.

De tacita remiſſione pignoris.

1. *Cur permiſſio alienationis inducat remiſſionem pignoris?*
2. *Caſus quibus ſola ſcientia nocet creditori.*
3. *An ſubſcribens inſtrumento eo contenta approbare videatur?*
4. *De conſenſu tempore limitato & modo.*
5. *Quid ſi alienatio non fuerit ſecuta.*
6. *De limitato conſenſu ad certam ſummam.*
7. *De conſenſu in venditionem partis.*
8. *Ad l, 8.§. 4. de ſolut. pign.*

DIximus de remiſſione pignoris expreſſa, & quæ fit per conuen-

tionem expreſſam. Tacita rectè appellari videtur, quę fit per cōſenſum de alienando, ſi creditor permittat, vt debitor rem pignoratā alienet, de quo modo remiſſionis, qui latè ſatis exponitur in *l.7.&8.Quib.mod. pign.ſolu.* nobis quoq; paulò latius agendum eſt.
1 Ratio huius juris probabilis iſta eſſe videtur, quod debitor ceu dominus, alias rem pignoratam vendere & alio modo alienare, & dominium in alium poteſt transferre, inconſulto etiā creditore, vt probauimus ſupra *lib.3.c.1.* Sed ita vt pignorata res cum ſuo onere tranſeat hoc caſu. Et ergo cum debitor id ſuo jure poſſit, inconſultò creditore, ſi huius cōſenſus accedat, rationis eſt, vt aliquid vltra operetur, & vt videlicet ſine onere & liberum in emptorem v.c. dominium transeat. Et in hanc rem, quod pignus ita cenſeatur remiſſum, textus in *l.1.2.&4.C.de rem.pign. l.ſi debitor 4. l.7.& 8.ferè per tot.Quib.mod.pign.ſolu.* Et in *d.l.4.C.de rem.pign.* verba, *ſciente & remittente* non ſignificant, vel quod ſola ſcientia ſufficiat, vel quod opus ſit remiſſione expreſſa, (in quibus terminis tanto min° dubium eſt) ſed quod per conſenſum de alienando pignus cenſeatur eſſe remiſſum. Et huc pertinet, quod ICtus ait in *d.l.8.ſi voluntate.6.* inuerecundè petere creditorem fundum ſibi applicari, qui eius voluntate alienatus eſt. Conſenſus autem requiritur, nec ſufficit, quod creditor ſciuit, rem pignoratam alienari, *l.8.§ non videtur.15. Quib. mod. pign. ſolu.* neq; n. vt prohibeat aut contradicat creditor, neceſſarium eſt: quoniā cenſetur ideo tacere & nō cōtradicere, quod intelligat debitorē poſſe jure ſuo vendere, & quod res tranſeat cum onere, & actio hypothecaria contra quemcunque poſſeſſorem ſibi maneat integra, præſertim quod ſperare poſſit, debitorem ſoluturum pecuniam & pignus liberaturum: vt proinde in hac materia ſciens pro conſentiente non poſſit
2 haberi. Quod ita regulariter obtinet, ſunt enim exceptiones, quibus ſcientia & patiētia facit, vt pignus pro remiſſo habeatur. Vna eſt, ſi creditor ſciuerit ſeruum pignoratum manumitti, *l.1.C.de remiſſ.pign.* Ratio duplex eſt, tum fauor libertatis, tum quod res pignorata etiam inuito creditore alienari poteſt, cum integrum ius maneat creditori contra quoscunq; poſſeſſores: ſed ſeruus pignoratus licet & ipſe inuito creditore alienari, at inuito eo cum effectu manumitti non poteſt, quoniam in manumiſſo jus pignoris hærere non poteſt. Et creditore contradicente aut ignorante manumiſſus de facto, liber non efficitur *l.1. C. de ſeruo pign.dat.* Et quod in *l.ſi ut proponis.4.C.eod.* creditor in manumiſſionem conſenſiſſe proponitur, facti eſt, & ſuperflua cantela non nocet,

non

non a. infert neceſſitatem, quaſi ſola ſcientia non ſufficiat: aut ibi conſenſus opponitur ignorantiæ: qua poſita manumiſſio eſt nulla. Et manumiſſio quidem nõ eſt alienatio, ſed ei tamen hactenus ſimilis, quod res exit ex dominio debitoris, vt non malè inter exceptiones hoc referatur. Alia eſt exceptio, fauore fiſci, à quo ſi hypothecas diſtrahi ſciant creditores, ſibi præiudicant, & poſſeſſorib. controuerſiam mouere nõ poſſunt, juxta *l. ſi hypoth.* 8. *C. de remiſſ. pign.* Tertia exceptio eſt, ſi publico programmate denuntiata fuerit venditio, juxta *l. ſi eo.* 6. *de rem. pig* Quarta ſi creditor tacuerit & non contradixerit, animo fraudulento vt deciperet emptorem, *l. ſi ſine.* 5. *C. ad SC. Vell. arg. l. mulier.* 11. *C. de diſtr. pign.* Addit & hanc exceptionem *Neguz. p.* 6. *m.* 3. *n.* 23. ſi ſeruus pignoratus donatus fuerit Eccleſiæ. Quam non probo, quia non probatur *ex auth. Si ſeruus ſciente, C. de Epiſ. & Cler.* quæ deſumpta eſt *ex N.* 123 *cap.* 17. & loquitur de ſeruo, qui domino ſciente ſacris initiatur. Et abutitur Neguz. arg. à libertate ad piam cauſam: non benè n. ita infertur: ſeruus obligatus creditore ſciente manumiſſus fit liber, & pignoris jus remiſiſſe cenſetur creditor: Ergo etiã cẽſetur remiſiſſe jus ſuum, ſi ſciente ipſo ſeruus Eccleſiæ fuerit donat⁹: & ita infertur n. à diuerſis: & in his quæ ſingulariter recepta ſunt prẽter regulã huiuſmodi illationis nõ valent.

Sed vt eo redeamus, procedit quod de conſenſu creditoris dixim⁹, non in venditione tantum, ſed in aliis etiã alienationis ſpecieb⁹, veluti in legato *l.* 8. §. *vendit.* 11. *Quib. mod. pign. ſolu:* itemque in donat. *argum. d. l.* 8. § *Sed ſi.* 13. dotis datione *d.* §. 15. eoque pertinet *l. Lucius. in fin. eod. tit.* vbi conſenſit vxor, vt prædia pro dote obligata filiæ communi à marito in dotem darentur: licet aliquid ibi faciat quod filia eſt. Porrò idem eſt in permutatione, & in ſolutũ datione, & quacunq; alienationis ſpecie, quoniam ratio eadem vbiq; militat. Ergo ſi conſentiat alienationi, liberatum erit pignus, & hæc videl. ſi conſenſerit ſimpliciter, ſecus ſi dixerit ſe conſentire ſalua pignoris cauſa, ita enim liberatur pignus. *l. ſi debitor.* 4. §. 1. *Quib. mod. pign. ſolu.* Dices ita fruſtraneam futuram requiſitionem debitoris? Aut fatebor hoc, & quod fortè putabat & ſperabat debitor, creditorem ſimpliciter conſenſurum: aut quod honeſtius voluerit agere debitor, ne contra bonam fidem quid facere, & clam alienando conditionem creditoris, deteriorem facere videretur: quandoquidem & qui rem mobilem in ſpecie nexam alienat, ignorante creditore, furtum committere dicitur *l. Si is.* 66. *in pr. de furtis.* Siue autem conſentiat initio creditor,

tor, ſiue poſt ratum habeat, idem eſt, *d.l.*4.§.1. *Quib. mod. pign. ſolu.* Neque ſemper expreſſus conſenſus de alienando neceſſarius eſt, ſed ſufficit aliquando & tacitus, quo referri poſſint caſus quos retulimus paulò ante *ex l. 6. & 8. Cod. de remiſſ. pign.* Itemque caſus qui eſt in *l. Titius.9. D. eod.* vbi duo creditores rem ſibi obligatam ſimul à debitore emerunt, etenim ſinguli emendo rem pignoratam & ſimul, conſenſum de alienando tacitè præbuiſſe cenſentur. Eodemque pertinet cōſenſus factis, vel per conſequentiam & obliquum declaratus: ſi inſtrumento ſuper alienatione rei confecto creditor ſubſcripſerit. *d.l.8. §. non videtur. 15. & l.9.* §.1. ex quo tamen inferri in genere non poteſt, quod id ſemper & in quibuſcunque caſibus noceat ſubſcribenti: cuius contrarium probatur ex *l. Gaius. 39. de pign. act.* & nimirum intereſt, an nihil præterea inſtrumento, cui quis ſubſcripſit, contineatur: & an alia cauſa & finis ſubſcriptionis, quàm approbatio contentorum allegari poſſit: Item an quis contradictione ſua potuerit actum impedire nec ne? An quis animo approbandi actum, & inſtrumentum, an pro ſolemnitate tantum ſubſcripſerit, vt in *d.l.39.* & omnino ad hanc rem facit, an fuerit ſubſcribentis, inſtrumentum legere & eius contenta, an non: ex quo ſumitur decidendi ratio *ad d.l.39. de pign. act.* etenim ibi agitur de ſubſcriptione teſtamenti, & quidem ſolemnis, quod nudè ſubſcribendum & ſignandum offertur & exhibetur teſtibus, vt proinde teſtis nihil ſibi ſubſcribendo & ſignādo præiudicare poſſit: & omnino ſubſcriptio teſtis tantum ad ſolemnitatem & formalitatem pertinet, non ad materialia, de qua re (nec enim eſt huius loci id plenius exſequi) *v. Dd. in d. l. Gaius. de pign. actione*: & adde *leg.9. §. 1. Quib. mod. pign. ſolu. l. fideiuſſor. 26. §.1. in f. de pign.*

Iam plenius & latius videamus, qualem conſenſum & alienationem eſſe oporteat vt pignus liberetur. At 1. ſi conſenſus ſit tempore limitatus, oportet vt alienatio fiat intra tempus præſcriptū ab ipſo creditore: ceteroquin jus manet integrum creditori *d.l.8. §. penult. Quib. mod. pign. ſolu.* & enim, vt vulgò dicitur, limitata cauſa limitatum parit effectum. 2. ſi conſenſus habeat modū, oportet vt eo modo alienetur, in quem creditor conſenſit, non alio, niſi creditori hic modus ſit vtilior, & in quam facilius conſenſurus præſumatur. Hinc, ſi in venditionem conſenſit creditor, & rem donauit debitor, pignoris cauſa integra manet. Quod ſi cum donare permiſiſſet creditor, debitor vendidit, liberatum eſt pignus *d. l. 8. §. Sed ſi.13.* Ratio eſt illa quam modò innui

innui, quoniam in venditionem facilius intelligitur conſenſurus creditor, quippe qui ſperare poteſt, & videtur etiam hoc ſpectare, ex pretio redacto, ex pignorata re vendita ſibi iri ſatisfactum, tacite, inquam, hoc ſpectare videtur creditor: nam ſi id expreſſe fuerit adiectum, vt ex redacto pretio creditori ſatisfieret, falſum fuerit quod eſt in *d.* §. 13. eſſe facti quæſtionem: falſum itidem, quod ibidem additur, ſi permiſerit creditor vendere, poſſit in dotem dari: ſiquidem pater dotem dans filiæ vel pro filia, nihil conſequitur ex quo pecuniam poſſit & debitum ſoluere creditori: Et JCtus eo tantum id adijcit, vt doceat, non videri eum donare, qui in dotem dat, & proinde promiſſa venditione excluſam quidem eſſe donationem, ſed non in dotem dationem, & ſub cōceſſione venditionis, comprehendi quemlibet modum transferendi titulo oneroſo. Ex quo ſimul & hoc apparet, rationem de pretio quæ initio *d.* §. 13. proponitur, claudicare, quoniam qui in dotem dat, nullum accipit pretium. Præterea quod diximus, eum cui donare permiſſum eſt, tanto magis vendere poſſe, limitatur in *d.* §. 13. niſi intuitu certæ perſonæ, & amici donare creditor permiſerit. Ex quo notandum eſt obiter, conſiderari hic intereſſe creditoris, qui beneficij quaſi debitorem hoc modo adquirere ſibi voluerit.

Tertium requiſitum, & quod ad ſimplicem & abſolutum conſenſum pertinet, eſt; ſi conceſſa venditio vel alienatio ſit actu ſecuta, 5 ceteroquin ſalua manet pignoris cauſa, *d. l.* 8. §. *ſi voluntate* 6. ſiue voluntate debitoris alienatio non ſequatur, ſiue jure impediatur *l. ſi debitor*. 4. §. *vlt. h. t.* Sed & ſeriò rem alienatam eſſe oportet, non ſimulatè & colorem tantum eſſe quæſitum *d. l.* 8. §. *ſupervacuum* 7. Simulata autem venditio & color quæſitus præſumitur, ſi poſt alienationem factam mox res ad debitorem redierit, &, vt habent verba *d.* §. 7. ſi repoſſideat rem alienatam debitor. Adeoque in his terminis, ſi creditori agenti Seruiana, objiciatur exceptio, quod in pignoris alienationem conſenſerit, ea exceptio replicatione ſimulatæ alienationis elidetur, *d.* §. 7. *in fin.* Et eſt iſta tamen tantum præſumptio, contra quā admittitur probatio, quod debitor bona fide rem vendiderit, quæ ex cauſa noua ad eum redierit, *dict. l.* 8. *d.* §. 7. veluti ſi ab ipſo emptore vel eius ſucceſſore rem redemerit, vel emptori ipſe heres extiterit. His enim caſibus obligatio pignoris ſemel extincta non reſtituitur. Et hoc ex *l. vlt. Cod. quæ res pign.* ampliatur, procedere etiamſi creditor, qui alienationi conſenſit, generalem habeat hypothecam,

Digitized by Google

in quam licet veniant futura, non tamen veniunt, quæ ſemel conſenſu creditoris ex bonis debitoris exierunt, licet poſtea ruſus in eius dominium peruenerint. Quod ſanè facit rationem dubitandi: ſed Iuſtinianus hac ratione decidendi motus fuit, quod creditoris ipſius permiſſu res ex bonis debitoris exijt, quæ proinde inter res poſtea quæſitas debitori non comprehenditur: contra quam rationem parum, imò nihil facit obiectio Accurſii in *dict. l. vlt.* quam & dupondius facile remouerit. Porrò vt *ad dict. l. 8. §. 7.* hoc addamus, non eſt neceſſum vt eo caſu cum Accurſio ponamus, pactum fuiſſe, vt de pretio pecunia creditori ſoluatur: Hoc enim poſito, ipſo iure actio ſalua maneret, nec replicatione opus eſſet, perinde ac ſi ſub conditione pignus fuiſſet remiſſum, *arg. l. 4. §. 1. in fin. eod. tit.* Et verba, *cum pecunia ſoluta non ſit*, quæ fefellerunt Accurſium, non efficiunt, quod ita pactum fuerit, ſed hoc ſaltem, quod debitor poſtea in mora fuerit, ex quo augetur ſuſpicio in fraudem, & colore quæſito alienationem factam fuiſſe, idq; velle videntur verba, *translata ad præſens tempus*, quod debitor tantum ad tempus & momentaneè poſſeſſionem transferre voluerit, mox eam recuperaturus, qua cõiectura ceſſante ceſſabit & illius §. deciſio. Porrò cũ fraus nulla intelligatur, nec vinculũ pignoris reſtituatur, ſi debitor emptori, vel alij in quem rem alienauit, extiterit heres, idem quoque & magis obtinebit, ſi v. c. emptor extiterit heres debitori: qua ipſa tamen in re fraudem poſſe admitti, apparet *ex l. 8. § illud. 8.* vbi tractatur hic caſus. Et 1. ait JCtus, iniquum eſſe, vt vindicare creditor rẽ poſſit à Mæuio, qui rem titulo emtionis, qui ſucceſſionem anteceſſit, & ita non quà heres obtinet & poſſidet. 2. addit iniquiſſimum eſſe, (qui ſuperlatiuus, præcedenti poſitiuo, *iniquum*, quaſi opponitur) ludificari creditorem ne pecuniam recipiat à poſſeſſore, cum Titij debitoris (malim, *ſi Titii*) fraus in ea re verſaretur: quid enim, ſi alienatione facta mox Titius inſtituit Mæuium heredem, vt in fraudem creditoris res libera penes eum ſit quæ aliàs ad heredem cum onere perueniſſet? Et hic tamen, vtcunque Titius non ſatis bona fide egerit, ſi tamen Mæuius (quod ponendum puto) fraudem non participauerit, & rem emtam ſuo creditori obligauerit, creditor prior Titij qui conſenſit obligationi, ſi agat Seruiana, exceptione repellitur *dict. l. 8. §. Quod ſi. 9.* Hæc diximus occaſione tertij requiſiti, quod oporteat ſecutam verè eſſe alienationem, & vtique in eo rem eſſe, vt à debitore res auocari poſſit, & ei vbi voluerit alter, tradendi neceſſitas incumbat

cumbat: vt autem res omnino & jam tradita ſit, neceſſe non eſt. *l.* 8. §. *ſi debitor. Quib. mod. pign. ſolu.* quod eò pertinet, vt rem, quæ vendita ſed necdum tradita eſt, creditor vindicare non poſſit. Quid ſi res tradita, poſt redhibita fuerit? Puto reſtitui pignus per *l. voluntate.* 10. *in pr. eod. tit.* vt & per argum. à comparato ex *d. l.* 10. §. 1. in terminis redhibitionis. Hæc enim ibi eſt ſententia JCti: ſicut vbi jure ſuo creditor vendidit rem pignoratam, redhibitione facta, dominium reſtituitur debitori, atque ſi venditio facta non fuiſſet: ita quoque, vbi debitor conſenſu creditoris rem vendidit, ea redhibita ius pignoris redire creditori. Et hinc etiam, ſi mutuo conſenſu diſceſſum eſt à venditione, pignus integrum manet *dict. l.* 10 *in princ.* oportet enim rem cum effectu translatam eſſe, & tum demum juxta *l. vlt.* C. *Quæ res pign.* & ea quæ paulo ante diximus, redit libera ad debitorem, ſi ex noua cauſa ad eum peruenerat. Et hinc porrò eſt, vt ſi debitor, qui vendidit, cum nollet tradere, ad intereſſe fuerit condemnatus, itidem ſit jus pignoris ſaluũ *d. l.* 10. *in fi. pr.* Et, ſi aliter diceremus, facile fraudem comminiſci debitor poſſet, contra *l.* §. 6. & 7. *h. t.* Ex quo fundamento ſi legatarius repudiet rem, quam creditor legare permiſit, pignoris jus manet integrum, *l.* 8. §. *venditionis* 11. vbi dicitur conualeſcere pignus, quod tamen potius in ſtatu ſuo manet, quoniam legato repudiato perinde eſt, ac ſi nihil legatum fuiſſet, vtique cum dominium nullo modo in his terminis à teſtatore vel herede diſceſſerit, nec adeo effectum habuerit conſenſus creditoris, aut intentio debitoris, ſequitur ex prædictis, quod pignus numquam fuerit finitum. Hæc de tribus requiſitis. Quibus & quartum addi poſſit, limitari conſenſus ad certam ſummam: 6
Vt nimirum ſi infra ſummam, quam præſcripſit creditor, res pignorata vendatur, pignus maneat integrum *l.* 8. §. *Quod ſi* 14. quoniam vt ſup. attigimus, ea mente & ſpe, vt ſibi ex pretio ſatis fiat, præſumitur creditor conſentire, itaque ſi pluris vendiderit debitor, rectè liberatum eſt pignus *dict.* §. 14 *in fin.* quoniam hoc vtilius eſt creditori. Et niſi tamen expreſſim actum hoc ſit, vt ex pretio debitor ſatisfaciat creditori, vtcunque hoc ſpectauerit creditor, venditio tamen nec irrita erit, nec reſtituetur pignus, quantumuis poſtea non fuerit creditori ſoluta pecunia. Et expreſſa enim conuentione opus eſt, quam non rarò interueniſſe colligi poteſt, *ex dict. l.* 8. inprimis ex §. *tutius.* 10. vbi JCtus præſcribit hanc cautelam, vt creditor, qui in venditionem 7
conſenſit, caueri ſibi faciat à debitore, pecuniam iri ſolutã ex pretio. Iã aliquid de partis venditione addamus. Nimis vulgata regula eſt, Quod

Digitized by Google

juris eſt in toto quo ad totum &c. Secundum quam licebit, vt credi-
tor conſentiat in partem, vt altera maneat obligata quæ ſententia eſt
l. ſi conſenſit 7. §. pen. Quib. mod. pign. ſolu. Qui tamen locus videatur
à Triboniano interpolatus. Ait JCtus, (ſi modo is eſt) ſi conuene-
rit de parte pro indiuiſo alienanda parum ſubtiliter: Pars enim pro
diuiſo reuera non partis, ſed totius habet rationem: niſi ita eum lo-
cum explices quod poſſit hoc agi, vel vt pars pro indiuiſo veneat, vel
vt totius fundus obligatus in ſolidum, diſtinguatur prius in partes
pro diuiſo, & vna ex his alienetur, in altera autem pignus maneat:
quod creditori eſt commodius: quoniam vbi pars pro indiuiſo pigno-
ri eſt, diuiſione poſt facta, pignus in vtraque parte pro indiuiſo hæret,
vt ſup. diximus ex *l. 3. Qui potior.* & probatur ex *d. l. 7. §. vlt. Quib. mod.*
pign. ſolu. Ait porrò JCtus in *d. l. 7. §. pen. ſi res certa eſt, quæ venit.* Vtiq;
incerta res venire non poteſt, & tractationi huic de conſenſu in alie-
nationem, non niſi in hypotheca ſpeciali, & re ſingulari locus eſſe
poteſt: ſicut nec ſatis capio, quod velint ſequentia verba, *de altera par-*
te initio agi oportere. Quid enim eſt, *ab initio?* Quod ſi enim conſenſus
partem vnam tantum adficit, pro altera parte ſemper recte agetur.
Aut an intelligimus, pro altera parte ſeorſim, & ſola poſſe agere credi-
torem? Iſta quidem ſententia, niſi ponas fundum prius diuiſum, & in
partem pro diuiſo, directum eſſe conſenſum, falſa fuerit, per *d. l. 3. Qui*
potior. & l. 8. § ſi conuenerit. 3. & d. l. 7. §. vlt. Quib. mod. pign. ſolu. Quæ loca
docent, ſi pars pro indiuiſo obligata ſit, diuiſione poſtea facta, ſingu-
gularum partium ſingulas partes pignori teneri, & proinde ſi partes
ad diuerſos poſſeſſores peruenerint, non poſſe creditorem partem v-
nam à poſſeſſore vno vindicare ſed cuiuſque partis partem à ſingulis
poſſeſſoribus vindicare eum oportere. Ex quo videtur dependere de-
8 ciſio *l. 8. §. ſi plures. 4. h. t.* Si plures fundum, quem pro indiuiſo poſſide-
bant, pignori dederint, & creditor cum vno paciſcatur, ne fundus pi-
gnori ſit, & hic poſtea tum fundum poſſideat, juxta *d. §. 4.* non repel-
lit agentem creditorem à Toto, vt ait JCtus, ſed, vt notat Accurſ. re-
pellit eum à parte. Sed id forte minus dignum videatur dubitatione
JCti, & tentauerit quis, nec à toto repelli iſtum creditorem, & quod ei
poſſeſſor totum fundum reſtituere cogatur: fortaſſis, quia pars pro in-
diuiſo non recipit ſeparationem: & cum, vbi pars ſocij vnius eſt obli-
gata, etiam diuiſione facta, pars quæ ad alterum peruenit, pro rata ma-
neat, obligata, & dici non poſſe, quæ pars ſit eius, qui pactus eſt ſuper
parte pro indiuiſo, nihil abſurdi fuerit, ſi in ſpecie *d. l. 8. §. 4.* totus fun-
dus

Digitized by Google

dus veniat in actionẽ hypothecariam: quod quidem in medium relinquo. Illud ex generalibus regulis huc repetendum, quod ſicut pactũ de remittendo debito aut pignore vtili eſſe oportet, ita & oportere vtilem & legitimum habilemq; eſſe conſenſum de alienando: quod in primis ex debitoris perſona æſtimatur: Itaq; ſi conſentiat alienationi, qui adminiſtrandi jus habet, veluti, pupillus, minor, filiusfam. ſeruus, procurator generalis & ſine ſpeciali mandato, nihil eſt actum aut eo conſenſu, aut ſecuta alienatione, vt ex ſupradd. apparet & probatur ex *l. ſi conſenſit in pr. &* §. 1. *&* 2. *l.* 8. §. 2. *&* 5. *Quib. mod. pign. ſolu.* Sed ex aduerſo ſeruo filiof. procuratori etiam generali, recte ad effectum liberandi pignoris conſenſum accommodat creditor, quin & minori & pupillo, quippe cum & hic ſine tutore poſſit conditionem ſuam facere meliorem: hactenus nimirum, vt venditione poſtmodum legitime facta, pignus ſolutum ſit: cum alias res quomodocunque alienata cum onere ſuo tranſiuiſſet. Conſenſus porrò huiuſmodi prodeſt non tantũ debitori ipſi impetranti, ſed etiam eius heredi, ſi forte ille deceſſerit, antequam rem alienaret *l.* 8. §. *ſi debitori* 16. quoniã heres defuncti perſonam repræſentat: eoq; in ſucceſſore ſingulari ſecus eſt, ſi forte antequam alienaretur, ad eum res perueneri *d. l.* 8. § *ſi debitor.* 17. Duo adhuc pro Colophone ad hanc materiam breuiter notanda aut quærenda ſuperſunt. 1. an per huiuſmodi conſenſum de alienando, vinculum pignoris ipſo jure an tantũ per exceptionem ſoluatur. Et poſterius hoc communius probari apparet ex his quæ tradit *Neguz. p. 6. m. 5 n. 33.* & facit *l. 2. C. de rem pign.* quamuis Acc. aliter ſentiat, & ideo eum locum de exceptione, quam facti & intentionis appellant, interpretetur: nec abſurde dicitur, quod Impp. ibi verbo illo minus proprie ſint vſi. Et pro ſentẽtia illa, quod ipſo jure liberetur pignus, faciunt, quæ *ſup. cap.* 5. pro Saliceto diſputauimus, & quod in ipſa *d. l.* 2. pignus hoc modo dicitur diſſolui diſſenſu, ſicut conſenſu contrahitur, & exemplis adductis *d. c.* 5. probauimus non poſſe eſſe in genere verum, quod Neguz. loco jam citato ſcribit, quod per conuentionem tacitam nihil poſſit tolli ipſo jure: Quin nec pro tacita omnino conuentione haberi poteſt, ſi quis expreſſe conſenſerit in alienationem, poſtquam hic conſenſus jure habetur, pro remiſſione pignoris: facit quod in *l. cum te* 4. *C. de remiſſ. pign.* nexus pignoris hoc caſu dicitur *euanuiſſe.* 2. Quid ſi creditor poſſideat pignus, an conſenſus de alienando & hic operabitur liberationem pignoris? Quod affirmandũ eſt: nam poſtquam hoc modo & per talem conſenſum jus pignoris remitti placuit, niſi velimus fin-

Digitized by Google

gere, luſiſſe creditorem (quod ineptum eſſet) idem hic ſtatuendum eſt,ac ſi creditor aut pecuniam ſiue debitum principale, aut ipſum pignus expreſſe remiſiſſet. Ea enim intelligitur voluntas paciſcentium, vt creditor reddat rem, quippe ſine cuius traditione, & quam vendi permiſit creditor,venditio perfici non poſſit. Itaq; competet hoc caſu actio pignoratitia debitori,pro re repetenda,vt illam vendere,aut jam venditam tradere poſſit. Neque verò citra diuinationem, & imò violentam interpretationem, quod in jure noſtro,per conſenſum de alienando liberari pignus,ſimpliciter ſcriptum eſt,ad hypothecam in ſpecie dictam, & caſum rei poſſeſſæ à debitore, poteſt reſtringi. Et argum. præbet, quod, vt ſup. *lib.* 3. diximus, ſi debitor rem poſſidens ſit in mora,poſſit creditor rem petere vt ſibi tradatur, vt ita vendi poſſit: & proinde non diſſimili ratione,poſtquam creditor permiſit debitori rem vendere,debitor,vt res ſibi à creditore reſtituatur,experiri actione pignoratitia poterit.

Cap. VIII.

Si creditor conſenſerit, vt res pignorata alii obligetur.

1. *Ad l.* 12. §. 4. *Qui pot.*
2. *Ad l.* 12. *Quib. mod. pign. ſolu.*

Duplex ſuper hac re eſt opinio: Altera,quod per eiuſmodi conſenſum pignus liberetur,non minus nec vti conſenſum eſt in alienationem. Altera,quod ita tantum amittatur jus prioritatis, & qui conſenſit, ex primo ſecundus vel tertius efficiatur: quod poſterius Nos ad *Treutl. de pignorib. th.* 9. defendimus, cum Saliceto, qui hoc latè tractat *in l.* 3. *C. de remiſſ. pign.* quam eandem opinionem magis & ſub diſtinctione probat *Neguz. p* 6. *m.* 3. *n.* 13. *&* 14. Sed eſt tamen,quod pro priori opinione ex textibus juris probabiliter diſputetur. Et quoniam hæc quæſtio & in foro non ſemel occurrere poteſt, plenius aliquanto de ea videamus. Duobus locis fere hæc quæſtio tractatur, nimirum *in l. creditor.* 12. §. *ſi tecum* 4. *Qui potior. & in l. Paulus,* 12. *in pr. Quib. mod. pign. ſolu.* Vterque locus,vt hæc res intelligatur rectius, nobis hic fuſius eſt
1 explicandus. Species hæc eſt *d. l.* 12. §. 4. *Qui potior.* Debitor meus cum fundum mihi obligaſſet pignori, mox eundem meo conſenſu obligauit Mæuio, reſpondet JCtus, hunc eſſe potiorem. Et cum enim aliàs debitor

debitor etiam me inuito & ignorante (ſaluo meo prioritatis jure) rem obligare potuiſſet, vtiq; conſenſum meum aliquid operari oportet. Et videmur jam rem factam habere, dum JCtus ait Mæuium eſſe *potiorem*. Dicitur enim *potior* comparatiue, ad alium poſteriorem. Et igitur ſi Mæuius eſt potior, ego poſterior ero, & conſequenter per iſtum conſenſum meum pignus non amiſi. Quod ſi amiſiſſem, jam non potior Mæuius, ſed in pignore ſolus eſſet. Sed hanc illationem ipſe JCtus ibidem mox deſtruit, dum quærit, an vbi pecunia ſoluta eſt Mæuio, rurſus mihi teneatur pignus: Quæ ſanè quæſtio, ſi Mæuius tantum eſt potior, inepta eſt: ſiquidem conſtat, inter duos creditores, quibus eſt obligatũ pignus, ita vt alter altero potior ſit, ita obtinere, vt vno dimiſſo alterius pignus confirmetur, & in locum dimiſſi potioris alter ſuccedat. Itaq; rurſus in his terminis ineptè quæritur, an pignus mihi rurſus teneatur? quoniam ſi Mæuius tantum eſt potior, numquã pignus fuit liberatum. Quod ſi autem quæri rectè poteſt, an mihi pignus rurſum teneatur, ſequitur, quod per meum conſenſum pignus ſit liberatum. Et igitur ſi quæſtio iſta poſterior non eſt inepta, ſequitur neceſſariò, quod JCtus in *pr. d.* §. 4. ſubinepte & certe inſubtiliter & impropriè ſit vſus verbo POTIOR. Vel erit dicendum, quod JCtus hoc vtiq; præſupponere interim voluerit, quod Mæuius ad minimum ſit potior, poſtea autem amplius quærere, an hoc ita ſe habeat, v. c. primus creditor ſecundo loco conſtituatur, an potius totũ jus pignoris ſui remiſiſſe ſit exiſtimandus. Et jam hoc ita ſtatuamus. Et in *d.* §. 4. ait JCtus eſſe facti & voluntatis quæſtionem, an hoc actum ſit, vt diſcedatur à pignore vel hypotheca in totum, an vt ordo ſeruetur, & prior jam fiat poſterior. Sed id ſanè controuerſum haud eſt, cum vtiquè nemo dubitet quin jus ſuum & pignus remittere poſſit creditor: ſed hoc quæritur, quid intelligatur in dubio actum eſſe: ad quod nec hilum reſpõdet JCtus. Et Acc. ibidem putat magis hoc debere videri actum, vt in totum diſcedatur ab hypotheca, & ita vt pignus remiſſum cenſeatur. Sed contra facit 1. quod non videtur conuenire rationi, vt tantum operetur conſenſus, vt liceat rem alij obligare, quantũ præſtat conſenſus de alienando, quandoquidem res duobus quin pluribus ſaluo ordine põt eſſe obligata. Et quod dici poſſit, etiã poſſe rẽ pignoratam vendi, facilem habet reſponſionẽ; nimirũ, quod creditor qui nõ conſenſit alienationi, põt rem auferre emtori: & proinde ideo conſenſũ creditoris videtur requirere debitor, vt fidẽ emtori v.c. prę̃ſtare poſſit, & ne teneatur

neatur de euictione: neque præſtat vere fidem, qui ita tradit rem, vt ea ei, cui traditur, poſſit auferri: at qui conſenſum requirit creditoris, vt ſaltem alteri pignori obligare liceat, videtur huic poſteriori creditori hactenus ſaltem gratificari velle, vt ſit prior, & potius jus habeat. Et quæ tandem inuidia ſit, permittere creditori qui conſenſit, vt ſaltem poſt priorem dimiſſum jus ſuum retineat, & tum ſicut aliàs ſecundus, pignus perſequi poſſit? Accedit quod ea potius interpretatio ſumenda eſt, quæ quam minimum præiudicat concedenti: & cum conſenſus hic duplicem patiatur interpretationem, vt creditor vel totum jus ſuum, vel tantum jus ſuum prælationis remiſiſſe credatur, quidni iſtam potius ſumamus, quæ citra præjudicium eius, in cuius fauorem conſenſiſſe creditor cenſetur, concedenti jus ſaltem pignoris conſeruat: cum & improbe videatur facere debitor, qui benignitatem creditoris conſentientis, nimis latè & in eius præiudicium nimis grauè velit interpretari. Quæ forte fecerunt, vt hac in re Accurſius contraria ſcriberet. Etenim in *dict. l. 12. Quib. mod. pignus ſolu.* (ſicut & in *l. 3. Cod. de remiſſ. pign.* vbi negat tolli pignus) contradicit ei, quod adfirmauit in *dict. l. 12. §. 4.* Qui potior & diſerte ait, intelligi tantum pignus remiſſum quo ad tertium non quantum ad alios. Quod tamen mirari ſubit, cum eam explicationem *dict. l. 12. Quib. mod. pign. ſolu.* difficilius quam *dict. l. 12. §. 4. Qui pot.* admittat. Et proponitur ibi idem caſus, qui in *l. 12. §. 4. Qui potiores.* hac tamen diuerſitate, quod ibi
2 duo tantum, ſed in *l. Paulus 12. Quib. mod. pign. ſolu.* tres creditores proponuntur. Et nimitum fundus primo mihi, mox ſine conſenſu meo Titio, pòſt meo cõſenſu Sempronio obligatus fuit. Et quæritur de jure prioritatis in concurſu. Reſpondet Paulus videri me remiſiſſe jus meum, non verò Sempronium, (quem JCtus ibi appellat tertium) in jus meum ſucceſſiſſe. Ex quo ſanè Pauli reſponſo mihi bene colligi poſſe videtur, quod ego amiſerim omnino jus pignoris: ſiquidem vbicunq; jus pignoris manet, locum habet ſucceſſio, ita vt qui antea erat creditor prior, fiat poſterior. Reſponderit forte quiſpiam, adfirmari eo ſenſu à Paulo, quod ego jus meum remiſerim, & quod in locum meum non ſuccedat Sempronius, vt doceat me non occupare locum ſecundum, nec fieri inter nos locorum permutationem, quo admiſſo fieret iniuria Titio, qui ſecundo loco fundum accepit pignori, qui ita fieret tertius: & vero hoc admitti non poſſe conſtet, vt alteri iniqua conditio per meum conſenſum inferatur. Secundum quod in ſpecie *d.*

l. Pau-

l. Paulus 12. ſtatuendum eſſet, Primum effici Sempronium, cui ego antea primus permiſi rem obligari: Titium manere ſecundum, & me fieri tertium ex primo. Verum huic explicationi & reſponſioni verba JCti repugnant, quibus ait, iſto caſu Titij ſecundi creditoris meliorem effici conditionem: atquin ſi is eum locum, quem antea obtinebat, retinet, & ſecundus manet, falſum eſt vtiq;, quod eius conditio fiat melior. Et igitur ſi verum eſt, quod ait JCtus meliorem fieri Secundi conditionē, neceſſario ſequitur, quod Titius ex ſecundo fiat primus, & adeo ego habear pro ſubmoto, quo poſito certe amiſi jus meū. Sed dixerit quis porrò hoc non ſequi, & poſſe Titij conditionem meliorē & eum primum fieri, vt tamen ego non prorſus pignoris jus amittam: & poſſe enim ſumi hanc interpretationem, vt Titius fiat primus, Sempronius, cui vt obligaretur conſenſi, fiat ſecundus & deniq; ego fiam Tertius. Verum nec interpretatio hæc mihi ſapere poteſt. Et negato enim jure ſucceſſionis in locū eius, cui vt obligaretur pignus ego permiſi (& verò negatur ea ſucceſſio in *d. l.* 12.) haud facile quis viderit, quomodo ego poſtremus fieri, & omnino obligatum pignus mihi eſſe, & licet abſq; jure prioritatis, manere poſſit, citra nouam conuentionem. Hi enim duo ſunt fontes, ex quibus omne jus deſcendit creditorum, ſucceſſio in locum alterius, & conuentio de pignore. Et cum adeo jus ſucceſſionis neget JCtus, & nulla proponatur noua de pignore conuento (qua poſita nec ratio dubitandi eſſet) conſequitur, jus pignoris eſſe amiſſum. Quod ſi ſucceſſio enim locum haberet, & ego qui primus eram, fieri Tertius deberem, vtique Sempronius fieri deberet primus, quod JCtus negat: & illa tranſmutatio, vt Primus fiat poſterior, non poteſt contingere ex prima obligatione: & remota noua conuentione, non poteſt ſaluū manere jus pignoris citra quandam permutationem locorum, quæ facit ſucceſſionem, quam vt dixi, negat JCtus. Atque opinio hæc, quod per conſenſum de oppignorando, non tantum prioritatis jus, ſed jus ipſum pignoris ſit ſublatum & amiſſum, verbis JCti magis conuenit: quibus ait, remiſſum videri pignus, & jus pignoris: neque vero idem eſt jus pignoris, & prioritatis jus, quod ſolum ſi remiſſum putaſſet, non reſpondiſſet, jus pignoris remiſſum videri. Neque vero abſurdum debet videri, quod per cōſenſum de pignorando ſit remiſſum jus pignoris: ſiquidem conſenſus de obligando, inducit liberam facultatem oppignorandi, quæ ſaluo jure concedentis fieri non poteſt. Ac præterea, cum qui jus pignoris habet, jus idem vendendi habeat, qui conſenſit in obligationem, is

tacite videatur & in venditionem conſenſiſſe. Exiſtimare quis amplius poſſit, quod hactenus diximus de remiſſo jure pignoris ex *d. l. Paulus 12. in pr.* referendum & reſtringendum eſſe ad eum caſum qui ibi proponitur, plurium videlicet creditorum, quibus res obligata eſt: quaſi neceſſitas quodammodo hoc ita recipi ſuaſerit, quod admiſſa ſucceſſione, creditori Secundo fuiſſet illata iniqua conditio. Secus autem eſſe in caſu *l. 12. § ſi tecum. 4. qui potiores*, in quo tantum duo proponuntur creditores, vt nemo ſit cui iniqua conditio inferri poſſit, ſi loca permutari, & Secundum ex Primo fieri dicamus. Verum & hoc quo minus probem, illud facit, quod hoc eſt accidens, an ſit vnus, duo aut tres creditores, ex quo jus variari non debet. Et, ſi quidem vbi res, ignorante Primo, Secundo fuit obligata, hoc facit conſenſus de pignorando, vt conſentiens amittat jus ſuum juxta *l. Paulus. Quib. mod. pign. ſolu.* quæ ratio tandem faciet, vt conſeruetur ei pignus, ſi nulli ſecundò res fuit obligata? Cum vtiq; ſcientia aut ignorantia non poſſit hic facere diuerſitatem: imò cum abſurdum prorſus ſit, vt ignorantia iſta, quæ nullam habet culpam (poteſt enim ignorante creditore Primo debitor rem alteri obligare) noceat creditori Primo, & faciat vt amittat jus ſuum, quod juxta illam explicationem non amitteret, ſi interim res alij obligata non fuiſſet. Et ſanè illa opinio ex ipſa *l. creditor. 12. § ſi tecum. Qui pot.* poteſt confutari. Quod ſi enim jus ita fuiſſet, vt conſentiens ſuccederet in locum illius, cui eius conſenſu obligatur, non quæſtionem facti eſſe dixiſſet JCtus. Et quod præcipuũ eſt, quod ibi JCt⁹ quærit, an ſolutâ pecuniâ rurſus pignus primo creditori teneatur, efficit perſpicue, quod JCtus pignus habuerit pro ſoluto, & arguit, de hoc fuiſſe dubitatum, an prior aut noua redeat obligatio; non autem, an locorum permutatio fiat, quam aut nullam eſſe, aut ab initio contingere, & ex prima obligatione numquam exiuiſſe pignus neceſſe eſt. Et vbi ita duobus pignorata res tenetur, vt alter ſit prior, alter poſterior, non dicimus, quod pign⁹ vno dimiſſo rurſus alteri teneatur, ſed quod vtrique res ſit oppignorata, & priori dimiſſo jus poſterioris confirmetur, quo ad jus prioritatis. Proinde, vt tandem finiam, concludo cum Paulo *in d. l. 12. Quib. mod. pign. ſolu.* quod qui alteri obligari permiſit rem jam antea ſibi pignoratam, pignoris jus remiſiſſe videatur: quod probat Accurſius *in d. l. 12. § 4. Qui pot.* ſed malè diuerſum probat *in d. l. 12. Quib. mod. pign. ſolu.* quam poſteriorem gloſſam male ſecutus eſt *Pacius in Notis ad d. l. Paulus 12.* mali etiam *Gothof.* qui gloſſam hanc Accurſii adſcripſerunt & ipſi, quod conſentiens amittat jus ſuum quo ad tertium

tium non quo ad alios: quam ſententiam falſam eſſe, ex his, quę jã diximus *ad d.l.12.* apparet. Et, ſi enim ſecundi conditio melior fit, neceſſum eſt, quod Primi jus etiam quo ad hunc ſit remiſſum & amiſſum. Nec aliud erit, ſi tres ponantur creditores, & Primus conſenſerit, vt Quarto obligaretur, & ita porrò. Nec quidquam mouet textus ab Accurſio in *d.l. Paulus.12.* citatus ex *l.iubemus.21.Cod. ad SC. Velleian.* Quod enim ibi ſpecialiter in mulieribus conſtitutum eſt, arguit jus commune eſſe in contrarium: Quod vel inde apparet, quoniam in illis terminis Secundi creditoris conditio nõ poteſt fieri melior: quod repugnat juri communi *in d.l. Paulus.* Et hæc opinio quã tueor, quod ius pignoris ſit ſublatum poſt Accurſ. *in d.l. creditor.12.§.ſi tecum.4. Qui pot.* probatur à Bart. ibidem, vbi ait *hanc eſſe veritatem* quod in dubio pignus ſit remiſſum in totum: & Baldo qui gloſſam Accurſii *in d.l.12.§.4.* ait eſſe veriorem. Et Cyn. *in l.3. C. de rem pign.* vbi ait, quod qui expreſſe conſenſit vt res alteri obligetur, in dubio videatur remiſiſſe pignus, vt haud dubie iſta ſententia, quæ tales autores & adſertores habet, ſit probanda. Sunt qui diſtinguunt, an conſenſerit ſimpliciter creditor, vt res obligetur, an certæ perſonæ contemplatione, vt illo caſu demum pignus ſit remiſſũ, non hoc: quam diſtinctionem poſt Salicetum probat etiam *Neguz. p. 6.m.3.n.14.* Sed falli eos exiſtimo, quos & nihil juuat *l.21.C.ad Velleian.* jam enim diximus, in muliere iſtud eſſe ius ſingulare. Et in illo caſu generaliter permiſſæ obligationis, non videtur magna eſſe ratio dubitãdi, & libertas enim illa laxa cuiuis rem obligandi, haud videtur conſiſtere cum pignoris jure: Et in dd. textibus & in *d.l. ſi creditor.12. §. ſi tecum. Qui pot. & in l. Paulus.12. in pr. D. Quib. mod. pign. ſolu.* non de tali indefinita permiſſione agitur, ſed potius determinata, vt Tertio alicui res pignori obligaretur. Et cum ex ratione juris per talem conſenſum conditio Secundi creditoris melior fiat, *d.l.12.* non poteſt hęc ratio juris & jus Secundo quæſitum per reſtrictionem eiuſmodi impedire. Et facit quod ſcriptum eſt, in *l. Titius.9. in extremo. Quib. mod. pign. ſolu.* non poſſe quem pignus retinere cui conſenſit, & nimirum vt alteri obligaretur, & tamen de conſenſu ibi non expreſſo, ſed tacito tantum tractatur. Itaque ego quidem in hanc ſententiam deſcendo, quod ſi quis conſenſerit, ſaltem vt res Titio vel Mæuio obligetur, amiſſum eſſe pignus. Quod ſi quis cum reſeruatione juris ſui conſentire ſe dicat, quo ad alios, quæſtionis erit, an haberi conſenſus pro nullo debeat, an potius adiecta reſeruatio & proteſtatio: ſi quidem juris ratio

Digitized by Google

non videtur hoc pati, vt & conſenſus valeat, & reſeruatio. Et ſi conſenſus operatur aliquid, certe integrum jus & pignoris & prioritatis manere non poteſt. Et ego dixerim magis, reſeruationem eſſe pro nulla habendam: quia ſimpliciter ait JCtus in *dict. l.* 12. §. 4. *Qui pot.* quod conſenſus Secundum faciat potiorem. Quod ſi quis pignus ſaltem ſibi reſeruet, amiſſa prioritate pignus ſaluum manebit, & qui conſenſit, jam vltimum locum obtinebit: & hæc enim reſeruatio inſtar nouæ conuentionis habebit. Idque probat *dict. l.* 12. §. 4. quod ſcilicet ſit facti quæſtio an integrum maneat pignus, & videndum eſſe quid actum ſit: Idque etiam Cynus probat in *dict. l.* 3. *Cod. de rem pign.* Videbor forte nonnullis, nimis multa hac de re dixiſſe: ſed æquus Lector ignoſcet, ſi in his quæſtionibus aliquando aut genio aut ingenio indulgeam: & diſſertationes eiuſmodi, ſi nihil aliud, at certe judicium Lectoris informant.

CAPVT IX.

Si creditor pignus reddiderit debitori.

1. *Legato pignori non ineſt liberatio.*
2. *An redditum pignus liberetur.*

Reddito chirographo liberari debitorem per exceptionem tamquam ex tacito pacto, docet *l. 2. de pactis* & conſequenter quoq; liberatur pignus *l. creditorem* 7. *C. de rem pign.* ſicut & cum expreſſe debitor pactus eſt repetat *l. ſi tibi.* 17. §. 2. *de pact.* quod pertinet ad ſuperiorem tractationem. Reddito pignore non tolli nec per exceptionem debitum & obligationem principalem inter omnes quoque conſtat: nec enim conuenit, vt per redditionem acceſſorij tollatur principale, ſicut & aliàs ſæpe ſoluitur obligatio pignoris, ſalua manente principali obligatione: nec quiſquam ex redditione pignoris poſſit colligere & inferre tacitum pactum de non petendo debitum principale, cum aliàs quoque citra adſiſtentiam Legis & expreſſum textum non liceat inducere tacitas conuentiones. Et ita quoque jus eſt, vt legato chirographo cenſeatur legata liberatio *l.* 3. §. 1. *de liber. legat. l. qui chirographum.* 59. *de legat.* 3. at non itidem legato pignore, quod & in termi-
1 nis deciſum eſt in *l.* 1. *in fin. de liber. legata.* Et audet tamen hic contradicere

tradicere 17. *coni.* 10. *Ant. Fab.* & adfirmare, quod remiſſum tacite & debitum cenſeatur, ſi quis pignus legauerit. Cui præter jam dicta & iſtud repugnat, quod ex dd. textibus probatur, eandem hac in re redditi inter viuos & legati chirographi aut pignoris eſſe rationem: & nemo vero huc vſque adeo inſanus fuit, vt diceret redditione ſolius pignoris tolli obligationem principalem. Quid igitur mouere potuit Fabrum vt ita ſentiret? Expectas,

Lector, Achillea ſpicula torta manu. Vtiq; enim validis machinis opus eſt ad conuellendam ſententiam, manifeſta ratione & textu munitam. Ille vero fumum & nugas vendit, & inaniſſimas adducit rationes. 1. eſt, quod alias legatum pignoris eſſet inutile. 2. quod voluntates defunctorum plenius interpretemur. Quis non rideat, imò non indignetur, nugonem iſtum tantum tribuere his rationibus, vt etiam textum in *d. l.* 1. *in fin. de lib. leg.* dicere audeat eſſe à Tribon. corruptum: cum tamen idem effectu reſponſum ſit in *l.* 3. §. *vlt. de* [illegible] *leg.* vbi negat JCtus ab eo cuius pignus liberatum eſt, fideicommiſſum relinqui poſſe: Poſſit autem vtiq; ſi & debitum eſſet remiſſum per *l.* 1. §. 6. *de legat.* 1. Et prima ratio falſa eſt, cum plurimum interſit debitoris rem eſſe liberam: nec neceſſum eſt vt plus inſit vtilitatis. Ex altera ratione mille nugas & ineptias effeceris, ſi illud axioma ad tuum vel alterius cuiusque ſenſum explicare velis. Quinimò non debemus eſſe liberaliores teſtatore, & legatum extendere præter eius verba & mentem. Sed eò vnde digreſſi ſumus, redeamus. Sunt non pauci, qui ſtatuunt, redditione pignoris, nec ipſum quidem pignus liberari, ita quidem vt iſta communior opinio videatur, & communioribus calculis probata ab Interpp. in *l.* [illegible] *de pactis.* vbi hanc reddunt fere rationem, quod redditio pignoris alium habere finem, & pignus debitori alias poſſit afferre vtilitates. Et iſtam rationem hinc illuſtrant & confirmãt, quod ob hanc cauſam redditio chirographi inducat tacitam remiſſionem debiti; quoniam nulla alia chirographi apud debitorem poſſit eſſe vtilitas. Atq; ita ſentiunt quos refert *Neguzant. p.* 6. *m.* 3. *n.* 19. & 20. & *Dd. communiter in l.* 2. *de pact.* quos ibidem refert & ſequitur Iaſon. Et cum enim poſſit vtilitatem ex pignore reſtituto habere debitor, non temere debet præſumtio ea ſumi, quod creditor jus ſuum remittere voluerit, ſed potius concedere eius vſum debitori, & pignus mutare in hypothecam, cum ſciat obligationem pignoris ſaluam eſſe poſſe, vtcunq; poſſeſſio eius ſit apud debitorem. Et quamuis non abſurda ſit ea opinio, contrariam tamen, & quod pignus pro liberato 2

 ſit ha-

ſit habendum,ego magis probo, quam & olim probauit *Alber.* probat & *Baldus in d.l.2.* vbi eiuſdem ſententiæ autorem laudat & Dynum ſequitur cum aliis *Neguz.d.loco.* Et eam benè firmat, quod diximus paulo ante *ex l.1.§.1.de liber.legat.* ſi pignus legitur, ſolui obligationem pignoris: Nec poteſt dari hactenus idonea differentiæ ratio inter legatū & redditionem inter viuos :(ſicut nec differentia eſt, ſi tradatur aut legetur chirographum) nam & præſumi poſſit eadem ratione teſtator legaſſe creditori pignus, vt eo aliàs vteretur, non autem quod id liberatum vellet. At enim cū præſumamus factum id eſſe animo liberandi pignus, cur diuerſum ſtatuamus, ſi inter viuos redditum ſit pignus? Et eſt præterea illa fallacia cauſæ, quod ideo reddito chirographo præſumatur debitum remiſſum, quoniam nulla poſſit alia eius eſſe apud debitorem vtilitas: ſed imò vera & adæquata eius rei ratio eſt, quod chirographum continet probationem debiti, quinimo ſuo ſenſu ipſa quodammodo obligatio chirographo contineri videtur: quæ olim fuit ratio Martini, quam defendi rectè poſſe docent. *Fortunat. Garz. in d.l.2.de pact. & Iaſon ibid.n.13.* Et licet obligatio pignoris conſiſtat etiam in re, quæ eſt apud debitorem, tamen ex quo initio hic modus electus fuit à partibus, vt pignus in ſpecie contraheretur & res traderetur creditori, qui hunc modum quaſi retro agit & rem reſtituit, præſumetur etiam à pignore diſcedere voluiſſe potius, quam hoc animo feciſſe, vt pignus mutaret in hypothecam, quæ mutatio nec facile præſumi debet: & omnino contrariorum eſt eadem ratio, & quod traditione conſtitutum eſt, id per retrotraditionem vt liberetur & ſoluatur, rationis eſt. Ex quo ſententiam iſtam notabiliter limitandam eſſe putarim, vt (quæ etiam tantum quæſtio eſſe videtur) procedat in pignore, quod initio per traditionem eſt conſtitutum: Secus autem eſſe, vbi creditor rem ab initio nuda conuentione hypothecæ obligatam, ob moram creditoris in ſoluendo, per actionem hypothecariam conſecutus eſt. Hic enim, ſi forte terminum vlteriorem ſoluendi debitori indulſerit, & rem ei reſtituerit, non poteſt præſumi animo remittendi pignus feciſſe, ſed quod rem in priſtinam cauſam reuerti & reſtitui voluerit. Et obijcitur tamen huic ſententiæ. *l. cum ex cauſa.9.C. de remiſſ. pign.* vbi dicitur ſolui pignoris obligationem, ſi HAC MENTE fuerint reddita pignora, vt vinculum diſſolueretur. Dici poteſt 1. eſſe ibi iſtud ſpeciale, quod gener, qui pignora reſtituit, nō ea accepit à ſocero ipſo, ſed à creditore cui pro ſocero ſoluit pecuniam, vt proinde ex ratione jam dicta, cum inter ſocerum & generū pignus in ſpecie per traditionē

non

Digitized by Google

non fuerit conſtitutum, difficilius etiam per ſimplicē reſtitutionē pignus ſoluatur. 2. quod præſumi poſſit gener ex reuerentia quadam reſtituiſſe res pignoratas, non quod voluerit pignus ſolutum eſſe. 3. quod cum reſcripſerint Impp. ad conſultationem priuati, qui in conſultatione ſua hoc forte expreſſerat ad omnem dubitationem tollendam, argum. à contrario ſenſu benè non concludat: quin hoc vulgo partim hodie traditur, quod ex eiuſmodi reſcriptis, argumenti hoc genus ductum, valde ſit infirmum. Deniq;, quod præſupponi poſſit in ſpecie *d. l.* 9. petenti ſocero ad vſum aliquem pignora reddita fuiſſe. Et hæc enim omnino ſententiæ illi limitatio addenda eſt, vt procedat, ſi creditor vltro rem reddiderit debitori. Ceteroquin, ſi vt dixi, cum debitor ad aliquem forte vſum re indigeret, ei fini benigne eam reſtituit creditor, ceſſat præſumptio remiſſionis. Et hæc limitatio firmatur argum. pignoris legati & legatum enim procedit à ſimplici & libera voluntate teſtatoris. Et hinc cum rerum immobilium & poſſeſſionis earū magna ſit vtilitas, ſi creditor rem immobilem traditam, reſtituerit debitori, difficilius præſumetur animum liberandi pignoris habuiſſe.

CAP. X.

De modo liberandi pignoris per ſatisfactionem.

1. *Quid ſignificet verbum ſatisfactionis.*
2. *Si quis promiſerit, ſoluere aut pignora dare, cuius ſit electio?*
3. *An creditor inuitus cogatur alia pignora aut fideiuſſores admittere?*
4. *An ſi v. c. fideiuſſor acceptus ſit in dubio pignora liberata præſumantur?*

NOn dubium eſt, quin vel maxime ſatisfaciat, qui creditori pecuniam ſoluit, vel cui acceptum fertur: ſed JCti in hac materia ſatisfaciendi, verbo in ſpeciali ſignificatione vti ſolent, ita vt id ſolutioni opponant, velut in *l. grege* 13. §. 4. *de pignorib.* vbi dicitur, actionem Seruianum habere ſuas conditiones, ſi ſoluta pecunia, aut ſatisfactum ſit: & in *l. Item* 6. *in pr. Quib. mod. pign. ſolu. ſiue ſoluitum debitum, ſiue eo nomine ſatisfactum*: & idem totidem fere verbis in *l. ſi rem.* 9. §. 3. *de pign. act.* Ex quo ipſo tamen loco

loco apparet, ſub ſatisfactione etiam comprehendi ſolutionem: ait enim, ſatisfactum intelligi, licet non ſit ſolutum: & ibid. quod etiam ſatisfactum ſit, ſi quis alium reum acceperit, (qui jure noſtro dicitur expromiſſor) nouatione ſcil. facta, qua pignora liberari ſupra diximus. Ita vt ſi in ſpecie velimus vſurpare verbum ſatisfactionis, & definire, nihil aliud eſſe videatur, quam ſubrogatio quædam & ſubſtitutio, vbi vel in principalis obligationis vel pignoris locum aliquid aliud ſubrogatur, quemadmodum juxta *d.l.9.§.3.* ſi pro pignoribus alia pignora, vel fideiuſſores ſubſtituantur. Et ita; vt hæc ſubrogatio fiat ad effectum liberandi pignora & inducendam pignoratitiam actionem. Ita enim iſto verbo hic vtimur. Atq; ita accipio, quod in *d. l.9.§.3. de pign. act.* dicitur de ſatisfactione per nudam conuentionem: non de remiſſione debiti aut pignoris (licet & hoc larga ſignificatione poſſit dici ſatisfacere) ſed de promiſſione, quam creditor admittit, de ſoluendo: quæ licet ſtipulatio facta, tamen quatenus opponitur fideiuſſoribus & pignoribus, recte nuda vocatur. Obiecerit hic fortaſſe quis quod eſt in *l.5.§.vlt. Quib. mod. pign. ſolu.* ſatisfactum intelligi, ſi quis jurauerit, rem non eſſe hypothecæ obligatam: & igitur ſatisfactum & dici poſſe, vbi pacto remiſſum eſt pignus, nam per juramenti præſtationem contingit liberatio vi cuiuſdam conuentionis *l. Stichum. 95.§. naturalis. 4. de ſolutionibus.* Equidem nolim plane negare poſſe ſatisfactum dici, vbi pacto pignus eſt remiſſum, vtiq; quo ad effectum inducendi pignoratitiam actionem, ſed nego proprie ita dici ſatisfactũ: vtiq; enim ſatisfactio denotat factum aliquod debitoris, quod nullum eſt, vbi creditor pacto remittit pignus: & hactenus à pacto differt juramentum, quod debitor vtiq; aliquid præſtat, & nimirum jurat. Sed & illud hic occurrit, quod poſcente & deferente creditore debitor jurat, vt quaſi debitor pro hypotheca juramentum dare videatur: vt forte non ſine miſterio dicatur in *d.l.5.§.3. ſi iuramentum delatum* DATVM *eſt.* Porrò oppoſitio ſolutionis & ſolutionis, de qua diximus, hinc confirmatur, quod traditur, ſolui quidem etiam inuito (ita vt ſi non accipiatur, res deponatur) ſed inuito non poſſe ſatisfieri: in quam rem eſt textus in *l. Item 6.§.1. Quib. mod. pign. ſolu.* Qui ſoluere paratus eſt, inquit JCtus, merito videtur pignus liberaſſe (ita vt ſi nolit creditor admittere ſolutionem, nihilominus poſſit agi pignoratitia) diuerſa cauſa eſt eius qui ſatisfacere paratus eſt: quia nimirum ſatisfactio fit tantum volenti creditori. Ergo, inquit, porro JCtus, *ſatisfeciſſe* prodeſt & vtitur verbo præteriti temporis, vt ſignificet, quod creditor admi-

admiſerit ſolutionem: quia, vt diximus, non fit ſatisfactio inuito creditore, itaque mox ſubijcit, imputare debere ſibi creditorem, quod ſatisfactionem admiſerit, vice ſolutionis ſcilicet, quo ad effectum liberandi pignoris: nam ſatisfactio de qua hic quærimus, obligationem principalem non tollit: optime faciunt extrema verba *d. §. 3. Qui ſatisfactionem non admittit, ſed deſiderat ſolutionem, culpandus non eſt*, quibus verbis tum oppoſitio ſolutionis & ſatisfactionis, tum quod non niſi volente creditore ſatisfactio habeat locum, manifeſtius oſtenditur. Hinc qui ſoluere obligatus eſt, non liberatur ſi offerat pignora vel fidejuſſores: ſed ſi horum altererutrum faciat, liberatur is, qui ſatisfacere promiſit: per *l. Quod ſi. 10. de pign. act.* quæ de eo loquitur, qui ſoluere debet, & ei negat prodeſſe ſi ſatisfacere velit: Ad quod & eſt text. *in l. 4. §. ait. 3. de re jud.* vbi quæritur, an condemnatus vt pecuniam ſoluat, poſſit admitti ad ſatisfactionem, veluti ſi offerat promiſſorem, quod ex cauſa admittendum reſpondetur; idemque probatur *ex l. promiſſor 21. §. vlt de conſt. pecun.* vbi cum dixiſſet JCtus, quod recte dentur pignora & fidejuſſores, ſubijcit, nil intereſſe quomodo ſatisfaciat debitor, inde enim colligitur, quod pignorum & fidejuſſorum dationes ſint ſpecies ſatisfactionis, idque apertius erit, ſi in *pr. §.* legas, (quomomodo omnino legendum videtur) *ſi quis conſtituat ſe ſatisfacturum.* Ex quo illud tamen notandum eſt, ſatisfacere non tantum ſignificare, aliquid pro aliquo ſubrogare, ſed etiam cùm initio cautum non eſſet, pignora dare aut fidejuſſores. Sed enim vbi de effectu liberandi pignoris quæritur, oportet poni ſubrogationem, vt pignora, quæ ante fuerunt, poſſint liberari. Præterea ſunt iſtæ ſatisfactionis ſpecies per ſe, ſi quis pignora aut fidejuſſores det: ſed ex accidenti, ſi velit creditor, etjam nuda promiſſio fungitur vice ſatisfactionis, vt ſupra diximus ex *l. 9. de pign. act.* Et, quod obligatus ſatisfacere, ſi det fidejuſſores aut pignora, liberetur, notat & ex Dd. *Neguz. p. 5. m. 1. n. 4. in pr.* Sed id mox ibidem deſtruit, dum ait, quod qui tenetur ſatisfacere ex diſpoſitione hominis, teneatur ſoluere, nec liberetur, ſi fidejuſſores aut pignora offerat: atque ita pejus illud fuerit reſtringendum ad caſum, quo ſtatutum vel lex requirit aut imponit ſatisfactionem: quam ego ſententiam & limitationem non dubito eſſe falſam, per *d. l. 6. §. vlt. Quib. mod. pign. ſolu.* & præcipue per *d. l. ſi promiſſor. 21. §. vlt. de conſt. pecun.* vtique enim conventio & conſtitutum non Legis ſed hominis eſt diſpoſitio: vt mirer, hunc textum à Neguz. adduci: quem nec quidquam iuuat *l. fin. ſi cert.*

Fff *pet.* non

pet. non etjam *auth. ſi quando C. de conſt. pec. ex N.* 115. *c.* 6. ibi enim apparet ex mente ejus], qui debitum alterius & pro eo conſtituit, ſe velle non ſimpliciter ſatisfacere, ſed ſoluere: & Græca verba, *ἱκανὸν ποιῆσαι*, latiorem admittunt explicationem: neque ea mens eſt Iuſtiniani, tractare de propria ſignificatione verbi, *ſatisfacere*: quam qualis ſit, probant ſatis ſuperiora: & inconcinnum ſit, quin imò propè abſurdum; vt verbi ſignificatio varietur ex pſona loquentis. Obiter, quoniam in locum illum Neguz. incidimus, & quia ad hanc ſatisfactionis materiam
2. id quoque pertinet, annotare libet, falſum videri, quod ille ibid. *n.* 5. ſcribit, ſi quis promiſerit, ſoluere aut pignora dare, electionem eſſe creditoris. Hoc enim repugnat naturæ alternatiuæ obligationis, in qua regulariter electio eſt debitoris. Et falſum eſt, quod in fauorem creditoris, ita ſit obligatio concepta alternatiue: Et imo dum creditor admittit hanc promiſſionem alternatiuam, hanc quoque facultatem pignora dandi intelligitur debitori concedere, cujus etjam debet eſſe electio: quoniam facilius creditur eſſe, pignora dare quàm numerare pecuniam. Itaque ſi creditor exigat iuxta promiſſionem, vt debitor ſoluat, aut det pignora, quis non intelligat, electionem eſſe debitoris? quod & probat perſpicue ſupra citata *l.* 4. §. 3. *de re judic.* vbi Labeo putat edicendum fuiſſe, vt condemnatus vel ſolueret, vel ſatisfaceret, quia poſſit rei commodius & facilius eſſe, vt det promiſſorem: quod aperte probat, alternatiuam reſpicere debitoris perſonam & fauorem, & ejus eſſe electionem: nequè enim hoc d. loco improbatur: ſed illud ſolummodo, quod condemnato dandi fidejuſſoris facultatem Labeo concedebat ſimpliciter, quo admiſſo numquam futurus ſit finis: ceteroquin ſi prætor ita edixiſſet, vt Labeo edicendum putabat, dubitaſſet nemo, quin condemnato eſſet facultas promiſſorem dandi. Aliam rationem ibidem Neguzant. addit; quod hæc alternatiua non cadat inter duo, quæ principaliter comprehendantur in obligatione, & quod in hac ſit ſola promiſſio de ſoluendo, promiſſio autem de pignore dando facta ſit ad cautelam, & obligationi principali accedat. Sed non animaduerto quid hoc ad rem faciat: quamuis vtatur & Bart. hac ratione in *l. quamuis.* 6. *de pign. actione.* vbi ait, quod illud alterum de pignore dato, ſit adjectum in fauorem creditoris, in terminis quas in *d. l. quamuis.* ponit, ſi quis ſe ſolutionem in paſchate, aut pignora daturum promiſerit: Sed quæ diximus, hoc probant eſſe falſum, & quod imo pertineat hoc ad fauorem debitoris, qui facilius interim pignora

dare

dare poteſt. Et vtique in hac promiſſione, *dabo pignora aut ſoluam*, vtrumque eſt in obligatione: quæ aduertit rectiſſimè Iaſon. in *leg.* 4. §. *ſi ex conuentione. de re judic. numer.* 6. vbi & refutat alteram rationem Bartoli, quod aliàs futurum in debitoris eſſet poteſtate, an deberet. Et rectiſſime reſpondet, quod licet non teneatur pecuniam in termino illo ſoluere debitor, & in paſchate, tamen teneatur in futurum ſoluere: quod ſi non faciat, creditor jure communi vendere pignus poſſit: quæ veriſſima ſententia eſt: & referri debet iſtud inter errores Interpp. ſiquidem eſt illa Bartoli ſententia communis, vt teſtatur Iaſon jam d. loco, vbi ait vix quemquam ab ea diſſentire: adeo procliues in lapſum aliquando ſunt homines & facile errant, magno autore. Et ſane aliàs illa alternatiua fere inutilis fuerit: cum quiſque intelligatur potius pecuniam velle quam pignora. Iam vt cetera, quæ huc pertinent, exſequamur, quod ſatisfactionem in ſpecie dictam, creditori volenti fieri diximus, habet 3 quæſtionem an perpetuum ſit, an admittat aliquam exceptionem, & an creditor etjam cogatur aliquando v. c. pro pignoribus, fidejuſſores, aut alia pignora admittere: Et poteſt quæſtio eſſe duplex, tum de pignoribus (eandem quæſtionem tractare licet in fidejuſſoribus) promiſſis, tum conſtitutis. Etenim quæritur, an v. c. qui promiſit ſe Stichum pignori daturum, pignori offerre poſſit fundum. Et rurſus, an qui Stichum pignori hypothecæue obligauit, ſi offerat fundum, vt Stichus liberetur, & ſibi reſtituatur, impetrare poſſit. Et facilius ſane videtur, vt in locum fidejuſſoris aut pignoris promiſſi fiat ſubrogatio, quam vt pignus jam conſtitutum alio pignore oblato liberetur. Sed tamen omnino pro regula ſtatuendum eſt, quod promiſſio ſit implenda ad eum modum, quem habuit emtio: in quam rem facit textus in *leg. qui autem* 14. §. *ſed et ſi.* 2. *de conſtitut. pec.* ex quo qui conſtituit, pro ſe certam perſonam fidejuſſuram, tum demum liberabitur ſi alium ſubſtituat, ſi illa perſona ante moram conſtituentis deceſſerit. Et tanto minus igitur jam conſtituta obligatio inuito creditore poterit mutari: Et facit huc generalis textus in *leg. ſi mandatu.* 45. §. *Item ſi.* 2. *Mandati.* illis verbis, *ſi nolit creditor mutare obligationem*: & in *l. ſi rem.* 9. §. 3. *de pignor. act.* ibi, ſatisfactum accipimus quemadmodum VOLVIT creditor: & mox, ſiue alijs pignoribus ſibi caueri VOLVIT. Et in *l. ſi ſoluitur.* 5. §. 2. *Quib. mod. pign ſolu.* ibi *ſi conuenerit* vt pro hypotheca daretur fidejuſſor. Itaque regula ſtatuenda eſt,

Digitized by Google

da eſt, pariter in eadem ſpecie & in diuerſis, cautionis, pignoratitiæ aut fidejuſſoriæ, aliud pro alio inuito creditori obtrudi non poſſe: nam & iſtæ fidejuſſoriæ & pignoratitiæ, ſunt propriæ & ſeparatæ obligationes, in quibus æque locum habet regula *leg. 2. §. 1. inf. de reb. cred.* aliud pro alio inuito creditori ſolui aut præſtari non poſſe. Eoque nec fidejuſſorem alium pro alio, neque pignus pro pignore, neque pignus pro fidejuſſore, aut vice verſa admittere cogitur creditor. Et improbata itaque recte fuit opinio Attilicini, qui, vt eſt in *leg. 6. §. vlt. Quib. mod. pign. ſolu.* putabat, ſi alicui ſatiſdetur pecuniæ, recedere eum à pignoribus debere: id eſt, fidejuſſores (verbo enim ſatiſdationis in ſpecie ſumpto fidejuſſores ſignificantur) creditori inuito, pignorum loco dari poſſe, & forte hac ratione Attilicinus motus fuit, quod cautio per fidejuſſores dignior & plenior videbatur, & gratior creditoribus, qua & magis onerari credebantur debitores *arg. leg. pen. §. 1. de pignorib. & l. teſtamento 7 §. vltim. in fin. de teſtam. tutela.* ex quibus locis probatur, fere id habitum ignominioſum, ſi quis fidejuſſores teneretur dare: itaque putauit Attilicinus audiendum debitorem, ſi offerret cautionem fidejuſſoriam pro pignoribus. Ex quo apparet, quod male ſentētiam ejus acceperit Gothof. qui *ad leg. 9. §. 3. de pignor. actione.* hanc ſententiam Attilicino imputat, quod exiſtimauerit, alia pignora pro pignoribus ſubſtitui poſſe. Sed non obſtante iſta ratione, quam pro Attilicino adduximus, improbata tamen ea ſententia fuit: quoniam non niſi volenti creditori aliter caueri poteſt, nec eſt in debitoris poteſtate, obligationis ſemel conſtitutæ formam mutare, aut cogere creditorem, vt aliter ſibi caueri patiatur. Quod ſi ergo conditio melior non poteſt offerri creditori, Ergo & multo minus cogetur admittere aut parem v. c. fidejuſſorem pro fidejuſſore, pignus pro pignore, aut etjam deteriorem, veluti pignus pro fidejuſſore. Et difficilius videtur, ob perſonarum varietatem, vt paris omnino conditionis detur fidejuſſor: cum idoneitas fidejuſſoris, non ſolum ex opibus, ſed etjam ex facilitate conueniendi, quin etjam facilitate morum æſtimari poſſit. Sed facilius æq; idoneum, & magis quoq; idoneo pignus ſubſtitui poteſt: vt facile videatur admittenda eſſe hujuſmodi ſubrogatio, quæ nec vllū incommodū inferat creditori: ſed tamē nec cogi creditorē, vt pignora pro pignorib⁹ accipiat, probat *d. l. 9. §. 3. de pign. act.* ibi, ſi pignoribus ſibi caueri VOLVIT, quoniā conditio obligationis ſemel cōſtitutæ, inuito creditore non mutatur.

Et fal-

Digitized by Google

Et falſa proinde omnino eſt ſententia, quam refert *Neguz. p. 5. m. 1. n. 1.* quod fidejuſſores dare obligatus, liberetur ſi pignora offerat: & eſt ea tanto magis falſa, quod vt modo diximus, dignior & plenior cenſetur cautio fidejuſſoria. Et parum mouet, quod alicubi dicitur plus cautionis eſſe in rem, quam in perſonam: tum quod id nimis generale eſt, nec niſi reſpectiuè verum: tum quoniam hoc ita dicitur oppoſitiue, non tam ad fidejuſſores, quam ad perſonam debitoris, & quod expediat creditori, ſi pignora habeat magis, quam ſi nudè obligatum ſibi habeat debitorem: cui accedit, quod de moleſtia & ambagibus, in cuſtodiendis pignoribus & diſtrahendis vulgo tradunt Doctores. Illa autem alia quæſtio eſt, quam ibid. attingit Neguz. an ſimpliciter qui obligatus eſt, ſatisdare poſſit dari pignora: quæ res ex his quæ tractantur in materia ſatisdationum, & an ſub hoc nomine fidejuſſores tantum contineantur, eſt explicanda. Neq; in hac re conſideramus, quod fortè nihil interſit creditoris, an fidejuſſores, an pignora, an alia pignora accipiat, ſed vrgemus jus obligationis ſemel conſtitutæ, cum & obijci poſſit debitori, cur pecuniam non ſoluat, & ita pignora liberet. Itaque idem adhuc dicemus, licet debitor paratus ſit probare, nihil intereſſe creditoris, & ſubrogationem oblatam illi forte commodiorem eſſe. In quam rem & adduci ſolet, quod in §. *plus autem. verſ. præterea ſi quis. Inſtit. de act.* traditur, plus eum petere, qui ex alternatiua obligatione petit tantum alterutrum, licet viliſſimum ſit; quamuis adjecta ibidem ratio, tollat vim argumenti, quod facilius eſſe poſſit promiſſori ſoluere, quod in ſe eſt precioſius. Solet in eandem rem adferri, quod fructuarius nec poſſit in melius mutare conditionem rei fructuariæ *l. vlt. de vſu & hab.* ſed peremptoria illa ratio eſt, quam ſæpius jam inculcauimus, quæ petitur à jure creditori quæſito, & à qualitate obligationis ſemel vtriuſq; voluntate conſtitutæ.

Sunt tamen quæ huic ſententiæ videntur obſtare, quæ paucis remouebimus. Et in primis affertur *l. illud verum. 10. in fin. quod met. cauſ.* ibi, *vt fidejuſſores vel eoſdem, vel alios non minus idoneos.* Reſpondeo, ibi fidejuſſores ipſo jure fuiſſe liberatos, itaque nec præciſe cogi poſſunt, vt iterum fidejubeant, & ſi nolint, alij dandi ſunt: ſed nos de fidejuſſoribus aut pignoribus adhuc obligatis loquimur: & præterea arbitrium judicis, apud quem in ſpecie *d. l.* 10. res tractatur, non parum poteſt. Eademque reſponſio eſt ad *l. Labeo. 25. §. vlt. de recept. arbitr.* vbi ibidem priores fidejuſſores fuerunt liberati, & ob id reſpondet JCtus, ſi noluerint

Digitized by Google

luerint fidejubere, tunc alios non abſimiles adhibendos eſſe; & ibidem quoque res apud arbitrium, quo judicis inſtar eſt, tractatur. Quod non eò pertinet, quaſi debitor, qui aliter cauere cupit, poſſit creditorem ad judicem trahere: & hujus officium implorare, vt cogat creditorem admittere aliam cautionem: ſed, quod vbi aliàs apud judicem negotium tractatur, & incidit controuerſia de cautione præſtanda, & ejus modo, tum aliquid poſſet judicis arbitrium: ceteroquin nullum eſt remedium proditum debitori, quo ex hac cauſa creditorem ad magiſtratum vocare poſſit: quo ipſo ſententia illa, quam tuemur, magis confirmatur. Adfertur 3. *l.2.§.locum.de rebus.* juxta quem, locus qui ſeruitutem debet alterius fundo], poteſt illatione cadaueris effici religioſus, dum alius non minus commodus locus exercendæ ſeruituti ſubſtituatur. Sed eſt iſta alluſio à diuerſis, & facit hoc relligionis ratio, & fauor ſepulturæ, qui juxta *l.43.in f. de religioſis.* ſummus eſt. Ineptius vero adducitur *l.ſi quis.9.in pr.locati*: quoniam cum dominus ædes jure ſuo euicerit à conductore, fieri non poteſt, vt earundem ædium vſum locator præſtet conductori; neque remedium aliud conductori, in terminis illis ſupereſſe poteſt, quam vt contra locatorem agat ad intereſſe: quem rurſus ibi condemnari eſt iniquum, qui bona fide locauit ædes, & pro ijs, quę ſine culpa ipſius ſunt euictæ, æque commodas præſtare eſt paratus; vt hic caſus à quæſtione & re noſtra plane ſit ſeparatus. Poteſt etjam moueri quod in *d.l.ſi promiſſor.21.§.vlt.de conſtit.pec.* dicitur, nihil intereſſe creditoris, quomodo ſatisfiat: Et igitur audiendus erit debitor, ſi v.c. afferat aliud pignus, & illud æque eſſe commodum probare velit: eoque referri poteſt elegans textus ex *leg.2.§.Item verſu.5.in fin.de aq.pluu.* vbi JCtus ait, permittendum eſſe quod mihi proſit, & alteri non noceat, ſubjecto eleganti dicto: quod æquitas hoc ſuadeat, vtcumque jure deficiamur. Verum ejuſmodi ſententiæ intra terminos & limites ſuos ſunt reſtringendæ, ceteroquin nihil non ex illis effici poſſit. Et jam ſupra diximus, vbi ex aliqua cauſa ad judicem ventum eſt, poſſe aliquando officium judicis rem temperare, & ad æquitatem dirigere. Velut & in ſpecie *l.2.C.de pign.& l.quidam.21.de reb.cred.* vbi ex autoritate judicis præter jus ordinarium creditor cogitur accipere particularem ſolutionem: & in caſu *l.quamuis.6.de pign.act.* cogitur creditor vendere pignus. Et poſſit quoque ex cauſa judex ſtatuere, vt creditor admittat ſubrogationem. Quin poſſit hoc remedio forte vti debitor, ſi aliter ad judicem perue-

Digitized by Google

niti non poſſit, vt inſtituat actionem pignoratitiam, & contra exceptionem creditoris, quod res ſit pignori obligata, obijciat replicationem, quod res æque idonea oblata creditori fuerit: Aut ſi poſſideat debitor, rem diſtrahat, & poſſeſſori conuento actione hypothecaria adcommodetur exceptio, quod petitori æque idonea res oblata fuerit, de cujus rei æquitate, & ſimul de rei oblatæ qualitate decernet judex. Et hanc opinionem, quod pignus æque idoneum ſubrogari queat, proponit *Neguz. p. 3. m. 1. n. 21 in fin.* (niſi forte id tantum in Judæis facineratoribus verum eſſe putat:) & apertius *Decius in l. plus cautionis. 25. de R. I. n.* 4. vbi ait, quod qui permiſit dare rem certam pignori, aliud æque bonum pignus dare poſſit: & regulam quæ eſt in *l. 2. §. 1 inf. de reb. cred.* ſecundum quam aliud pro alio ſolui inuito creditore non poteſt, ad ſolutionem reſtringit, in cautione locum habere negat. Vnicum adhuc videndum eſt hoc loco: ſi, verbi cauſa conuenerit, vt 4
pro hypotheca fidejuſſor detur, liberari pignus diximus. Quid autem, ſi cum ab initio eſſent pignora data, poſt acceptus ſit fidejuſſor, nec expreſſe id actum, vt pignora liberentur? Quæſtio in eo mihi poſita eſſe videtur, an præſumendum ſit, fuiſſe creditori animum diſcedendi à pignoribus, an potius, pleniorem & vlteriorem cautionem accipere: nam pro eodem debito pignora ſimul & fidejuſſores accipi poſſe conſtat *l. 2. C. de fidejuſſ.* Equidem magis iſta facti eſſe quæſtio eſt, & quæ ex circumſtantijs ſit decidenda: veluti ſi debitor cum vellet pignus alienare, vel cum jam alienaſſet, vel cum pignora ſatis abundeq; idonea eſſent, obtulerit fidejuſſores, & hos creditor acceperit, præſumemus id factum eſſe, vt liberentur pignora: idemq; & multo magis dicam, ſi fidejuſſores dicantur dari & accipi PRO debito, vt proponitur in *l. pen. Quib. mod. pign. ſolu.* vbi locator pro mercede, pro qua illatæ res pignori tenebantur, fidejuſſores accepit, & reſpondetur, res pignori eſſe deſijſſe, vtcunq; hoc expreſſe actum non fuerit. Ex diuerſo ſi forte cum creditor de pignorum vilitate eſſet conqueſtus, fidejuſſores dati fuerint, præſumemus id plenioris cautionis gratia factum fuiſſe: quamuis ſane qui cum pignora ipſi vilia eſſent, fidejuſſores accepit, ſic quoq; à pignoribus videatur receſſiſſe. Et ita ſane in dubio ſtatuendum eſt, quod præſtita noua cautione à priori præſumatur receſſum, tum ꝑpter textum in *d. l. pen. Quib. mod. pign. ſolu.* tum quia fidejuſſores, & pignora dare, ſunt duæ ſpecies diſparatæ, quæ ſub communi genere *Idoneæ cautionis* continentur, *l. 4. §. addici 8. de fidecom. li-*
Vert.

bert.Neq; mouet, *l.vlt.C.de nouation*. quæ citra expreſſam conuentionem negat fieri nouationem. Nam ea *ad Treutl. de mod. toll.obligat*. diſputauimus pro ſententia Bartoli, qui ex conjecturis citra expreſſam conuentionem defendit, nouationem fieri, ſaltem ope exceptionis, quod quoniam ipſiſſima ratio ſuadet, ſi forte non poſſit admitti, tanquam contra d.l.vlt.quæ expreſſam requirit conuentionem, vtiq; d.l. vlt.tanquam correctoria,& minus rationabilis,explicanda erit de obligationibus principalibus, non de acceſſorijs, quæ tantum ſecuritatem debiti concernunt,cui ſatis per alterutram ſpeciem eſt ꝓſpectum, ne & nimis oneretur debitor, ſi datis fidejuſſoribus adhuc pignora priora obligata manerent.Nec credi poteſt mutatum, per *d.l.vlt.C.de nouation*. quod tot textibus probauimus, ſatisfactionem eſſe modum liberandi pignoris, vtcunq; non expreſſe hoc actum ſit, vt pignora liberentur:quod & diſerte probat *d.l.pen. Quib. mod.pign.ſolu*. Eadem quæſtio, ſi pignora noua pro alijs, aut noui fidejuſſores, aut pignora pro fidejuſſoribus data proponuntur, tractari poteſt: & eſt vbiq; eadem raito,de qua etjam quædam dicuntur cap.ſeq.

CAPVT XI.

An hypotheca tacita tollatur per expreſſam?

1. *De regula, an prouiſio hominis tollat prouiſionem Legis?*

ADFINIS eſt hæc quæſtio tractationi præcedenti, in qua de ſubrogatione cautionum diximus, & de pignore conuentionali, an vnum per aliud tollatur. Hic eandem rem in terminis diuerſarum ſpecierum tractabimus. Et eſt quæſtio de concurſu hypothecæ tacitæ, & expreſſæ,an illa per hanc ſiue impediatur ſiue tollatur, an vtraq; ſimul conſiſtat.Et adeo duplex: 1.ſi quis v.c.dum ædes locat,paciſcatur cum conductore,vt inuecta & illata ſint pignori:quin toties id tractari poteſt,quoties, qui aliàs ex contractu ſuo ex Lege habet hypothecam,de ea expreſſe paciſcitur, nec enim quidquam impedit, quo minus hoc quilibet faciat, & jure facere poſſit.2. vbi quis non ab initio,quo tempore ex Lege conſtituitur hypotheca, ſed poſtea demum de hypotheca expreſſe paciſcitur: facere enim & hoc quiuis jure ſuo poteſt. Eademque res in prætorio pignore quoq; tractari poteſt,quod magiſtratus conſtruit: quin & in eo pignore,quod eſt à teſtatore:nec prohibebitur enim legatarius, quo minus ſuper re legata, ſuper qua rem aliquam

Digitized by Google

quam pignori juſſit eſſe teſtator, cum herede de alio pignore paciſcatur: Et rurſus idem licebit quærere de duplici conuentionali expreſſa arg. *l. penult. quib. mod. pign. ſolu.* neque enim hactenus diuerſa pignorum & fidejuſſorum ratio eſſe videtur. Et amplius de hypotheca ſpeciali accepta poſt generalem & viceuerſa, quæritur: ita vt omnino hãc quæſtionem vanam & multiplicem eſſe appareat, quam tractant ex parte *Dd. in l. certi. 5. C. Locati.* Et quidem juxta dicta *cap. præc.* ſi poſt pignus ſpeciale conſtitutum, quis de alio pignore in ſpecie, paciſcatur, in dubio cenſebitur receſſum à priori pignore: quod ſecus eſſe, ſi quis poſt priorem generalem accipiat hypothecam ſpecialem, vel contra, probant textus in *l. 2. C. de pign. & in l. 2. D. Qui pot.* quoniam proprios ſuos effectus habet hypotheca ſpecialis, neq; cenſetur quis acceptione hypothecæ generalis, jus prioritatis, quod in re ſpeciali antea quęſiuit, remittere voluiſſe. Videamus latius de hypotheca tacita & expreſſa, an altera alteram tollat aut impediat: Circa quam rem tria membra videntur eſſe conſtituenda 1. Si vtriuſq; initium vno eodemq; tempore concurrat, velut ſi fiſcus ſeu procurator fiſci eo tempore, quo contrahit, de hypotheca paciſcatur. 2. Si præcedat tacita, veluti ſi fiſcus poſt contractum, vel adultus poſt cœptam adminiſtrationem cum curatore ſuo de pignore paciſcatur. 3. Si præcedat hypotheca expreſſa: qui quidem caſus rarior eſſe videtur, ſed tamen contingere poteſt v.c. ſi quis contractum, ex quo eſt hypotheca tacita, ineat ſub conditione, quæ in debitoris poteſtate non eſt, & paciſcatur de hypotheca, ea ſtatim incipit teneri, ita vt exiſtente conditione potior ſit hic eo, qui antequam exſiſteret conditio, pure rem hypothecæ accepit, vt ita hypotheca expreſſa quodammodo incipiat à tempore nudi tractatus: tacita autem hypotheca proculdubio demum incipit eo tempore quo conditio exſiſtit, & incipit obligari debitor: nèq; enim veroſimile eſt, quod Lex antea vim ſuam exſerat. Et vtiq; hoc recte quæritur, vtrum conuentio de pignore præcedens, vtcunque necdum actu res ſit obligata, faciat, ne tacita hypotheca à Lege inducatur, & hic quoque allegari poſſit illud, quod conuentio hominis excludat prouiſionem Legis: & ita *Neguzant. p. 2. m. 4. n. 83.* ponit ſimpliciter caſum, quo hypotheca expreſſa tacitam antecedit. Et hic rurſus diſtinguendum ante omnia videtur, an vtraq; hypotheca expreſſa & tacita, æquè latè pateat, velut ſi vtraque ſit ſpecialis, & hic rurſus an de eadem re, an de diuerſa; aut vtraq; generalis: an non æque latè pateat, velut ſi vna ſit ſpecialis,

altera generalis. Et primo verum putarim quod latius hypotheca non tollatur aut impediatur per anguſtiorem : veluti ſi mulier nubens, à marito, vel juuenis à curatore ſuo ſpecialem accipiant hypothecam, non crediderim quicquam derogari hypothecę tacitę generali, ſecundum quod vera videbitur Jaſonis ſententia, *in* §. *Item Seruiana Inſt. de action. n. 67. & ſeqq.* quod ſi locator de re certa nominatim paciſcatur, nihilominus cetera inuecta tacite pignori maneant, quod & ex Dd. probat *Neguzant. p. 2. m. 4. n. 91.* & latius *n. 138. verſ. Quarto amplia.* vbi ait, quod prouiſio hominis ſuper rebus certis, non tollat tacitam hypothecam illatorum: quamuis videantur aliud exiſtimare *Cynus & Salicetus in l. 5. C. Locati n. 6.* Quod ſi æque latè pateat & æqualis ſit hypotheca tacita & expreſſa, illud inprimis putarim, quod expreſſa faciat, ne tacita naſcatur: & cum enim Lex ſpeciali fauore hoc caſu ſubueniat, ceſſabit ejus vir, ſi ipſe debitor ſibi contrahẽdo proſpexerit. Itaq; ſi cum locaret ædes, quis pactus ſit, vt inuecta pignori eſſent, ceſſabit hypotheca tacita. Atq; iſte caſus eſt *l. vlt. C. de pact. conu. ſup. dot.* vbi Juſtin. dat vxori hypothecam in bonis mariti, pro paraphernalibus bonis, ſi ipſa ſibi de hypotheca non proſpexerit: quamuis dubitari poſſit, an generaliter obtineat, quod ibi in ſpecie cautum eſt; Et Juſtinianus, qui nimis fauit mulieribus in materia dotium, videtur vix auſus fuiſſe pro paraphernalibus dare hypothecam: itaque monere quaſi voluiſſe videtur vxores in *d. l. vlt.* vt paciſcerẽtur de hypotheca, quod ſi omiſiſſent, (quia errore aut metu reuerentiali omiſiſſe poſſunt videri) hypothecam illis Juſtinianus dedit. Sed tamen putem id poſſe defendi in genere, cum nec vlla videri poſſit vtilitas hypothecæ tacitæ, quando expreſſa eam quaſi comitatur, aut potius anteuertit. At enim dixerit quis multum intereſſe, vbi tacita hypotheca eſt priuilegiata: Et aliàs enim, ſi mulier, dum nubit, de hypotheca paciſcatur, & ita per expreſſam hypothecam tacita excludatur, fiet vt mulier pro dote jus prælationis non habeat contra mariti creditores anteriores. Poſſit dici imputare ſibi quemq; debere quod pactus eſt de hypotheca: ſed vix eſt, quod mulieri imputare debeamus. Et vero ego dixerim idem priuilegium, quod hypotheca habet tacita, habituram & expreſſam, quæ in locum tacitæ ſubrogatur. Vult enim Lex mulierem pro dote ejuſmodi habere hypothecam, cum priuilegio: itaq; ſi mulier paciſcatur, tantò magis etjam id priuilegium habebit: nec quiſquam videri poteſt beneficium Legis contempſiſſe: itaque idem in genere ſtatuerim in qua-

cunque

cunq; priuilegiata hypotheca. Sed non ita facile credendum eſt, quod hypotheca tacita ſemel conſtituta, per expreſſam ſequentem tollatur. Vbi nobis explodenda eſt Fabri diſputatio qui *dec.6.de err.pragm ca.1. & 2.* ſimpliciter defendit, per hypothecam expreſſam non tantum impediri hypothecam tacitam ne naſcatur, ſed etjam, ante conſtitutam tolli ea finiri. Adfert vulgatum illud, quod prouiſio hominis tollat 1
prouiſionem Legis: quam regulam & objicit in his terminis *Neguz.p.2.m.4.n.87.* Verum 1. iſta regula non vnam admittit limitationem, & aliquas proponit Cujac. 20.*obſ.26.* vbi tamen facit injuriam Interpp. quibus imputat, quod iſtam regulam velint omnino eſſe perpetuam. Siquidem *Bald.& alij in d.l.5.C. Locati.* itemq; *Iaſon.in §.Item Seruiana Inſt.de action.* multis modis eam propoſitionem limitant: & *Neguz.d.loco* tres refert fallentias principales: 1. quod prouiſio hominis tollat prouiſionem Legis & juris ſingularis, non juris communis: quoniam Lex nonniſi in caſum neceſſitatis jus ſingulare inducit, & ceſſat diſpoſitionis neceſſitas, vti homo ſibi proſpexit, quæ limitatio extat etjam apud *Iaſonem in l.2.C.de jur.emphyt.n.143.* 2. Quod prouiſio hominis tum hoc operetur, vbi necdum nata aut in effectum producta eſt prouiſio Legis, non autem vbi jam in eſſe deducta eſt prouiſio Legis: Itaq; id facit prouiſio hominis, præueniens, ne prouiſio Legis operetur: ſed non facit, vt quod Lex operata eſt, ad initium redigatur. Itaq; alij eam regulam ſic efferre ſolent, quod prouiſio hominis faciat ceſſare prouiſionem Legis. Tertia limitatio eſt, quod procedat regula, ſi æque ſit plena prouiſio hominis: ex quo Neguz. d.loco gloſſæ Salicet.& aliorum traditionem confirmat, quod ſpecialis hypotheca non præjudicet generali, quod & nos jam ſup.monuimus. Et hinc ſatis remouetur argum. Fabri: tum quod nos quæramus de hypotheca jam ſemel conſtituta: tum quod & tacita & expreſſa hypotheca habeant proprias quaſdam qualitates, vt vtile ſit habere duplicem hypothecam, quemadmodum vtile habetur, pluribus poſſe vti actionibus, vtcunq; ſint ejuſdem poteſtatis: qua de cauſa & defendi poſſint, nec omnino excludi hypothecam tacitam, licet initio quis pactus ſit expreſſe. Et quod attinet ad *d.l.vlt.C.de pact.conu.ſup.dot.* quæ ſupra diximus, efficiunt, ex eo quod ibi ſtatutum eſt, non recte ad genus concludi poſſe. Et Faber adeo ridiculus eſt, qui ex *d.l.vlt. C.de pact.conu.* etjam quod tacita jam inducta per Legem, per poſteriorem expreſſam tollatur, conatur inferre. Et mirum vero hominis ingenium, qui in *d.l.vlt.* totum opinio-

nis ſuæ, quam rationi juris prorſus conformem putat, ponit fundamentum, quæ tamen conſtitutio eſt Triboniani, quem ille paſſim juris imperitiſſimum arguit, & pene habet pro fungo: prorſus, nullum frequentius apud ipſum eſt genus argumenti, quam, hoc eſt Triboniani; ergo falſum, ineptum, & à ratione juris eſt abhorrens. Itaquè ridiculus rurſus eſt, dum ait, Tribonianum ita diſpoſuiſſe, quoniam aliter ex ratione juris ſancire non potuerit: cum tamen Faber opinionis ſuæ nec vllam rationem afferre poſſit. Et nullius enim momenti eſt, quod iterum ex Pracardicis adfert, quod vnumquodq; euaneſcat vbi in eum caſum peruenit, à quo incepere non poteſt. Nam præterque quod ineptè præſupponit, non poſſe concurrere hypothecam expreſſam & tacitam, regula illa habet plurimas exceptiones: adeo quidem, vt regulam quaſi contrariam habeamus; quæ ab initio conſtituta ſunt, nō ob id euaneſcare §. *ex contrario Inſt. de legat.* vbi dixi. Et prorſus non pertinet iſta regula ad hanc rem; ſed hypotheca additur hypothecæ, quemadmodum, vbi non fit nouatio, obligatio additur obligationi. Secundum hæc (vt in terminos mulieris hoc explicemus) 1. ſi mulier licet initio dum nubit, paciſcatur de hypotheca, poſſit defendi eam, & tacitam & expreſſam hypothecam habituram. Sed ſi illud forte dubium habeat, 2. defendemus, hypothecæ expreſſæ idem priuilegium hîc eſſe annexum quod habet tacita, vt paulo ante diximus. 3. Si mulier paciſcatur dum nubit, de hypotheca ſpeciali, aut de non æque generali, qualis eſt, quæ data ipſi eſt ex Lege, nullo modo tacitæ hypothecæ intelligi præjudicatum: quod eſt conſequens his quæ ſupra diximus, quod ſi non latè ęquè pateat vtraq; hypotheca, alteri per alteram non præjudicetur. Denique & 4. ſi poſt nuptias ſimpliciter paciſcatur de hypotheca, tacitam nihilominus jam in eſſe productam, in ſtatu ſuo manere. Quæ rectior hujus rei ratio videtur, quam qua mouetur Neguz. quod mulier pacto non poſſit conditionem dotis facere deteriorem per *l. Atilicinus* 17. *D. de pact. dotalib.* quoniá remittere poteſt imo mulier jus hypothecę, *l. etjam* 11. *& l. jubemus.* 21. *C. de Vellcian.* cum præſertim iſto modo in his terminis non amittat omnino jus pignoris, cum habeat hypothecam expreſſam. Limitat ibidem Neguz. *dd. ll.* 11. *&* 21. ſi aliquid ſit præterea & maneat pignori. per quod mulier ſaluam dotem habere poſſit: ſed ſi ex ſententia Impp. à quibus ſunt eæ ſanctiones, iſtud æſtimamus, limitatio iſta falſa eſt, ſed defendi poteſt, ex *N.* 61. §. 1. *c.* 3. quod jam latius non excutio, cum nec magnopere huc pertineat.

pertineat. Illud autem defenderim, ſi quis forte per expreſſam hypothecam quandocunq; acceptam fieri dicat, ne locus ſit tacitæ, nihilominus, quod & paulo ante attigi, illud ipſum priuilegium prælationis, integrum fore mulieri, & conjunctum cum hypotheca expreſſa, quæ in locum tacitæ videatur ſubrogata: vt adeo non multum faciat contra Fabrum, ſi quis dixerit eſſe abſurdum, vt mulier priuilegium amittat: quamuis hac defenſione Faber non vtatur, ſed ille ſtatuit ſimpliciter, & jus prioritatis amitti. Sed in cæteris ſane, qui hypothecam nudam habent à Lege citra jus prælationis, abſurdum videatur, ita explicare aut accipere hypothecam ſequentem, quaſi per eam creditor à tacita recedere voluerit: quod inepte Faber defendit: Ita enim fiet, vt ſi fiſcus qui prius contraxit, & adeo ex Lege tacitum pignus habet, poſt ſecundum creditorem paciſcatur de expreſſa hypotheca, jam ille ſit poſterior in hypotheca: quod idem fuerit etjam in minore, qui de pignore pactus eſt cum curatore: Hoc autem abſurdum eſt, & credendum potius eſt, quod creditor vt plenius ſibi proſpiceret, hypothecam expreſſam, tacitæ adijcere voluerit; non autem hypothecam tacitam & ſimul prioritatem ex tempore, remittere. Et hic quoq; amplius ineptus eſt Faber, dum putat, licet prior hypotheca finiatur, tamen proteſtatione jus prioritatis creditorem ſibi conſeruare poſſe. An non vero eadem ratione poſſit ſibi proteſtatione conſeruare hypothecam anteriorem tacitam? quod imprudenter negat Faber. Et quæ enim ratio diuerſitatis adferri hic poſſit? Quod ſi vero omnino pignus ſiue anterior hypotheca tacita ſublata eſt, vt putat Faber, qui tandem proteſtatio ſaluum poſſit facere jus prioritatis, quod dependet ab hypotheca? neque vero proteſtatio jus nouum pignoris tribuere poteſt. Et qui fieri poterit, vt hypothecaria actione agens creditor ex poſteriori hypotheca, quam ſolam ſupereſſe cenſet Faber, vincat priorem beneficio nudæ proteſtationis, poſtquam prior hypotheca ſublata eſt? Iſta prorſus ἀσύστατα & inepta, ſunt. Supereſt, vt de hypothecæ ſpecialis, tacitæ & expreſſæ concurſu aliquid dicamus. Duplex quæſtio eſt, ſi ſuper eadem re, quæ tacite obligata eſt, creditor expreſſe paciſcatur: & ſi ſuper rebus diuerſis, pone, locatorem eſſe pactum, vt ſeruus illatus à conductore, pignori ſit qui vi tacitæ hypothecæ eſt obligatus. Si quidem expreſſa hypotheca præueniat, aut ab initio contractus accipiatur, jam diximus ſupra, facile ita impediri ortum hypothecæ tacitæ, cujus nec vlla videatur eſſe vtilitas: ſed vbi jam tacita hypotheca in eſ-

ſe deducta eſt, non temere dixerim ab ea eſſe receſſum, ſed creditorem adijciſſe expreſſam, vt tanto magis firmaret jus ſuum, & quod eſſe poteſt vtilius, ex vtraq; hypotheca, poſſet Seruiana experiri: ſed ſuper alijs rebus ſi accipiatur expreſſa hypotheca, videatur dubitari poſſe per ea quæ diximus cap. præced. *ex l. penult. quib. mod. pign. ſolu.* quod qui pactus eſt de alijs pignoribus, cenſeatur à prioribus receſſiſſe, 1. dixerim fortaſſe, quod facilius præſumatur receſſum à pignore expreſſo quam tacito, vt hominis factum poſterius, deroget anteriori: & videtur ſententia iſta eſſe Interpp. ex quib⁹ allegat hoc dictum *Neguz. part. 2. m. 4. n.* 87. Lex facilius conſeruat auxilium ſuum quam tuum: & conuentione ſecunda facilius prior obligatio poſſit videri nouata, ſcil. ea, quæ & ipſa per conuentionem eſt conſtituta. Deinde non dixerim omnimodo, quod qui accepit alia pignora videatur à prioribus diſceſſiſſe, neq; hoc probat *d. l. pen.* & quid ni enim majoris ſecuritatis gratia poſſent pignora pignorib⁹ addi: ſed nimirum *d l. pen. Quib. mod. pign. ſolu.* diſpoſitio præcedet, vbi Pro pignoribus ſunt data alia pignora vel hypothecæ. Ita enim ibi proponit Juriſconſ. *ſi fidejuſſores pro pignoribus ſint* accepti, ceteroquin ſi creditor, cui pignora data erant, ſimpliciter acceperit fidejuſſores, non facile dicam, pignora eſſe liberata. At vbi Pro priori cautione alia cautio eſt accepta; tacita quadam conuentione à priori videbitur eſſe receſſum. Atq; ad quæſtionem hanc iſta ſufficiant. Excutiamus quædam, quæ tractat Neguz. *p. 2. m.* 4. circa hanc rem. Ait ibi *num. 157. verſ. ſecundo amplia.* Si teſtator pro ſecuritate rei legatæ, in ſpecie quid obliget legatario, non ceſſare tacitam. Id conuenit ſuperiori propoſitioni, quod per hypothecam ſpecialem non derogetur generali, qualis eſt quam ex Lege habet legatarius in omnibus bonis defuncti, cum præſertim hic nullum interueniat factum legatarij, ex quo præſumatur, remiſſam eſſe hypothecam tacitam. De concurſu prætorij & conuentionalis pignoris tractat idem Neguz. *p. 3. m. 2. n. 27.* vbi ex *l. fundus quem. 9. de ann. legat.* putat præberi, quod qui conuentionale pignus habet, etiam à prætore immiſſionem petere poſſit ex primo decreto. Sed ſane ibi non de conuentionali pignore agitur, ſed eo quod teſtator conſtituit libertis in fundo, pro ſecuritate alimentorum quæ illis reliquit: & hunc fundum rei ſeruandæ cauſa pro fideicommiſſo recte petii reſpondet JCtus. Nimirum legatum illud annui, tractum habet temporis, itaque ad inſtar legati, quod diem habet (de quo t. t. vt *leg. & fid. nom. cau. & vt. in poſſ-*

poſſ.leg.) heres libertis legatarijs cauere tenetur: quod ſi non faciat, jure petitur immiſſio etjam in omnia bona rei ſeruandæ cauſa, aut vtiq; & præcipue in eum fundum, qui obligatus fuit in ſecuritatem legatorum, & imo deſtinatus eò, vt ex eo alimenta præſtentur. Non eadem ratio eſt pignoris conuentionalis, ex cujus cauſa vt petatur quos immitti ex primo decreto, inauditum eſt: cujus nec poſſit eſſe vtilitas, cum tribuat nudam detentionem, creditor autem actione Seruiana inſtituta, pignoris conuenti poſſeſſionem veram conſequi poſſit. Et fruſtra hanc vtilitatem notat Neguzant. quod in pignore conuentionali vendendo plures requirantur ſolennitates: Et imo hoc falſum eſt, & ex primo decreto pignus conſtitutum vendi præterea non poteſt, ſed ſecundo decreto opus eſt. Nec ſatis eſt, vt vtilitas aliqua poſſit prętendi, ſed juſtam cauſam eſſe oportet, & certa requiſita adeſſe, quæ faciant locum primo decreto. Plane, ſi debitor latitet & ſe non defendat, poterit creditor immittere, ſe peti rei ſeruandæ cauſa in omnia bona, ſub quibus etjam continebitur res in ſpecie obligata: ſed ſane rectius faciet & melius ſibi conſulet, ſi rem obligatam præſcribat jure ſuo & diſtrahat. Illud autem *Neguz.de pact.3.m.2.n.28.* non omnino improbauerim, quod ait, dominij jus non eſſe multiplicabile, nec ex pluribus cauſis vni poſſe adquiri, ſed pignoris jus eſſe multiplicabile, & conſequenter etjam in eadem re poſſe concurrere plures ſpecies hypothecæ: pro quo concurſu etjam facit, quod alicubi in jure mentio fit hypothecæ expreſſæ quam acceperint, fiſcus, & quondam pupillus *l.vlt.Qui potiores.* Itemque quod cum fructus prædiorum ſint pignore tacite obligati *l.3.C.in quib.cauſ.pign.tac.* tamen & expreſſe pignori accepti proponuntur *l.1.§.2.de pignor.* Atq; hæc hactenus.

CAPVT

Capvt XII.

De finitione pignoris per rei corruptionem aut mutationem.

OMnis obligatio quæ pro objecto aliquam rem habet, neceſſe eſt, vt hac perempta perimatur & ipſa, præterq̃ quod ſi culpa debitoris, aut poſt ejus moram res intercĭderit, & perierit perinde quæ ad debitorē habetur, ac ſi res adhuc exſtaret, ne videlicet debitor proprio facto ſuo poſſet ad irritum obligationem deducere, quæ res propriam habet tractationem. Et ita in terminis iſtis, ſi debitor rem pignoratam ipſe corruperit aut fecerit deteriorem, ex Lege Aquilia tenetur *l. ſervum. 27. de pignor. l. ſi vendit.* 30. §. 1. *ad L. Aquil.* Quod ſi extra culpam debitoris id acciderit, pignoris obligatio ſublata eſt *l. ſicut.* 8. *in princ. Quib. mod. pign. ſolu.* de eo enim caſu ibi tractatur, vt fruſtra obijciat Goth. quod homine pignorato occiſo agatur ad exhibendum, id enim vnum eſt, vbi dolus debitoris interuenit. Interitus porro tantum ex obligatione pignoris tollit, quantum perijt: & quod enim ſupereſt obligatum manet: & hinc domo exuſta area manet pignori obligata, quoniam ea pro parte habetur *l. domo.* 21. *de pign. act. l. paulus.* 29. §. *pen. de pign.* vbi obijci poſſit, quod cum & legatæ rei pars debeatur, & vſufructu conſtituto, ſuperſtitis partis adhuc ſit vſusfructus, tamen domo legata aut ejus vſufructu relicto. ſi domus exuſta ſit, nec areæ legatum aut vſusfructus debetur, *l. qui vſumfructum.* 36. *in pr. de vſuf. l. repeti.* 5. §. 2. *Quib. mod. vſuf. am. arg. l. lana.* 88 §. *nauis. de legat.* 3. Multiplex & diffuſus eſt hic tractatus de mutatione rei, quem hic non ingredimur. Sed illud interim dicimus, diuerſam videri vſusfructus, legati, & pignoris rationem. Etenim legata ſpecies intelligitur, itemque ſpeciei cōſtitutus vſusfructus: neq; ſpecies & domus amplius eſt, vbi area ſola ſupereſt: at vero ipſa materia, & res tota, quanta quanta eſt, pignori nexa intelligitur. Itaq; longè difficilius pignoris obligatio tollitur. Et omnino vbicunq; quod ſupereſt, & extat, quocunque modo partis rationem habere poteſt, manet in eo pignus, vtcunque mutata ſit qualitas: quod & ſimpliciter ita proponit *Neguz. p.* 6. *m.* 3. *n.* 9. & id adeo verum eſt vt ſi quid acceſſerit, quod inducit mutationem qualitatis, id ſimul eſſe incipiat pignori, veluti ſi areæ pignoratæ impoſitum ſit ædificium *d. l. domo.* 21. *de pign. act.* de quo egi *libr.* 2. vbi de acceſſionibus.

Hinc

Hinc etiam ſi domus in hortum conuerſa fuerit, vel loco pignori dato vineæ impoſitæ pignus durare reſponſum eſt *in l. ſi fundum* 16. §. 2. *de pignorib.* vbi & in genere dicitur, licet res mutata ſit, tamen actionem hypothecariam competere. Equidem id non videatur nimis laxe accipiendum, cum multa & varia ſint mutationum genera: & alias contrarium videatur, quod in *l. ſi conuenerit* 18. §. *ſi quis* 3. *d. pign. act.* traditur, ſi ex ſilua pignorata, nauis facta ſit, eam pignori non eſſe. Et videatur huc accommodari poſſe diſtinctio, quæ in materia adquiſitionis dominij per ſpecificationem, proponitur *in* §. *cum ex aliena* 25. *Inſt. de rer. diui.* an ſpecies poſſit reduci ad priſtinam materiam, & non quæ fuit pignorata nec ne: Et, ſi enim ex auro pignorata pocula facta fuerint, proculdubio pignus manebit. Et ita in genere diſtinguit in *d. l.* 18. §. 3. Salicetus, an res ad priſtinam materiam ſit reducibilis, quo caſu pignus durare, cæteroquin id finitum eſſe cẽſet: de cuiuſmodi caſu erit Accurſius explicandus in §. 3. *d. l.* 18. vbi ſcribit pignus finiri, quando materia in materiatum tranſit. Ego tamen dubito an hęc diſtinctio, ad iſtam de pignore tractationem adcommodari poſſit, tum propter ea, quæ de domo, horto, &c. diximus, tum per modo d. textum *in l.* 16. §. 2. *de pign.* & per generalem regulam ibi propoſitam, & rationem diuerſitatis quam paulo ante dedimus & non dubito, quin ſi ex lana veſtis, ex vuis factum ſit vinum, duret pignus: quod & pene in omnibus dixerim caſibus, quibus ſpecificanti dominium adquiri dicitur, & res priſtinæ materiæ reſtitui poſſe negatur *in d.* §. *cum ex alien.* 25. Neq; mouet *d. l.* 18. §. 3 *de pign.* quæ loquitur de hypotheca eiuſmodi quæ non ita res afficit ſingulas, veluti hypotheca ſiluæ, & quæ nõ impedit, quo minus debitor ligna cædere & iis vti poſſit, non magis, quam hypotheca horti, vt ne fructib. debitor poſſet vti: ſed quidquid eius ſit, ſi debitoris facto quid contigerit, per quod ipſo iure videatur ſublatum pignus remediis eiuſdem generis locus erit, quæ dantur priſtino domino, cuius materia & res per mutationem, alterius dominij facta eſt, vt indemnis ſeruetur, nec ei facto alterius iniqua conditio inferatur. Apparet hinc non recte à Cuiacio in *d. l.* 18. *de pign. act. Pauli lib.* 28 *ad Edictũ*, quæ de finitione legati per mutationem, tradita ſunt, ad finitionem pignoris ad commodari. Referri huc poteſt ſpecialis modus pignoris finiendi in perſona ſerui, ſi captus ſit ab hoſtibus: in quorum dominium cum redigatur, hactenus perinde eſt ac ſi periiſſet: ſed hac diuerſitate, quod propter ius poſtliminij, in euentum ſi ſeruus ab hoſtibus reuertatur, integrum

maneat ius pignoris: idq; omnimodo, ſi ille per ſe reuerſus fuerit, aut dominus priſtinus eũ redemerit. Quod ſi enim alius eũ redemerit illius potius eſt, vſq; dũ lytron ipſi præſtetur *l. in bello* 12. § *ſi pignori d. captiu. & poſtl. reu.* de quo & diximus *lib. 2. de reb.* Si proprietati accedat vſusfructus, plena ꝓprietas pignori tenetur *d. l.* 18. § 1. *de pign. act.* quoniã vſusfructus ſeruitus & iuris inſtar eſt *l. recte* 25. *d. V. S.* ſed quid ſi ex aduerſo proprietas accedat vſusfructui pignorato? (pignorari n. eũ poſſe dicimus *li. 2*) nõ poteſt defendi, ꝙ ipſa proprietas tũ pignori quoq; eſſe incipiat: quin per talẽ conſolidationẽ finiri dicitur vſusfructus. An igitur pignus finiri dicemus. At n. ita perſpicuo iniuria fieret creditori, ſi v. c. debitor emẽdo proprietatẽ poſſet facere vt pignus finiretur. Quin vtcunq; id accidat citra factũ debitoris, cui forte legata ſit proprietas, ratio tamẽ ſuadet, vt ſuccurratur creditori, & reſtituatur vſusfructus, & perinde habeatur, quo ad ius creditoris, ac ſi cõſolidatio facta nõ fuiſſet. Et licet n. vſusfructus ita dicatur extingui quia non amplius ſeruit eſt nec ſeparatus à re, quam formalẽ vocant, tamen ipſum ius vtendi fruendi, eſſentia ipſa vt ſeparatum conſiderari poteſt, quando quidem ipſe quoque dominus vſumfructum habet, quam Dd. vocant cauſalẽ: de quo & diximus *lib. 2.* in *cap. de acceſſionibus*. Libet ſub finem *huius cap.* quamuis non valde commodo loco referre iſtam finitionis ſpeciẽ quę contingit, ſi dominium rei pignoratæ adquiratur creditori. Cuius rei ratio eſt, quoniam res propria domino ſuo pignori teneri non poteſt, *l. neq; pign. 45. d. R. I.* ex quo loco apparet non eſſe iſtum propriũ pignoris finiendi modum ſed idem obtinere in commodato, depoſito, locatione aut conductione: cui tamen, vt moneamus obiter, obſtare non leuiter videtur, quod ſup. *lib. 3. in tract. de effectu pignoris*, & in quæſtione an creditor poſſideat, probauimus, quod debitor rei dominus poſſit rem à creditore conducere. Et hoc modo n. eſt conductor rei pignoratæ propriæ cõtra *d. l. 45 de regul. iuris.* Sane exceptio iſta fatenda eſt, vt tamen non tam ea ſit ipſius rei conductio, ad quod reſtringi poſſit *d. l.* 45. quam conductio reſpectu ſolius poſſeſſionis, vt nimirum rem ita teneat conductor & ea fruatur, & ſimul per debitorem ita poſſeſſionẽ retineat creditor. Sed vt ad illud redeamus, probatur iſte modus finitionis ex *l. eleganter 24. in pr. de pign. act.* vbi ICtus ait, vbi dominium eſt addictum creditori, finitã eſſe pignoris obligationẽ: quem locum ſup. *lib. 3. vbi de venditione pignoris & euictione praſtanda*, contra Ant. Fab adſeruimus. Et hinc eſt, quod ſi res aliena bona fide pignori data, & creditor à domino heres inſtitutus ſit, pignus eſſe deſinat *l. ſi rem 29. de pign.*

act

*a*8 Itemq; ſi duo creditores pignus emerint, obligatio pignoris ſit finita *l.ſi Titius 9.in pr. Quib.mod pign.ſolu.* Limitatur autem hæc, ſi dominium ſit quæſitum plene & irreuocabiliter, vt oſtendimus ſub *l.1.in f. in quæſt.an res propria pignori eſſe poßit*, & diximus quoq; *ſup.hoc libro* in explicatione *l.debitor 56.ad SC.Trebell.*

CAPVT XIII.

De finitione pignoris, per finitionem iuris quod fuit in pignorante.

1. *De re donata à coniuge pignorata.*
2. *De pignore rei quod conſtituit vtilis dominus.*
3. *An alius ſoluendo canonem facere poßit, ne emphyteuſis finiatur.*
4. *Quid ſi contractus ex quo res adquiſita pignori data fuit, in irritũ ſit deductus.*
5. *Quid ſi res pignorata per remedium l.2.C.d.reſc.vend.ſit ablata.*
6. *Ad l.3.Quib.mod.pign.ſolu.*
7. *Quid ſi res pignorata ob ingratitudinem ſit reuocata.*

INſignis hic modus eſt pignoris finiendi, & quidem multiplex, & qui plures ſub ſe ſpecies habet. Et poteſt iſte modus varie deſcribi, quod finiatur ita pignus ob qualitatem & conditionem rei: vel propter ius potentius ꝙ alius in ea habet, cui præiudicium per debitorem inferri nequeat: vbi ius ipſum operatur, & tollit ius quod debitor in re habebat, cuius finitionẽ conſequitur ipſa finitio pignoris, quo pertinet regula *l.Lex vectigali 31.de pign.* ꝙ ſoluto iure dantis & pignori rẽ obligãtis, ſoluatur ius accipientis: quæ regula in iſtis terminis procedit, quando id accidit ob ius quod alius in re pignorata habet, aut conuentionis poteſtas ex iure id operatur, ipſaque qualitas rei, vt finiatur ius dantis & pignorantis: cæteroquin ſi nõ recte explicetur, & nimis generaliter accipiatur, falſa illa regula fuerit: nã & ſi quis rẽ quæ plene & perfecte ipſi⁹ eſt, alienet, finitur ius ipſius, vt tamẽ propterea pignus nõ finiatur. 1
Sed exemplis res fiet apertior. Et exemplum huius rei eſſe videtur, ſi maritus rem ſibi à coniuge donatam pignori dederit, & vxor donationẽ reuocauerit, tum n. pignoris obligatio finitur. Equidẽ donationem hãc ius improbat, & poſſit pignus videri ab initio nullũ, & ob id nõ recte referri ſub iſtã tractationẽ, cũ nõ poſſit finiri, ꝙ ab initio nullũ fuit: cum præſertim ius reſiſtat, & faciat, ne dominium transferatur in donatarium. Sed ex aduerſo, conſiderandum eſt, quod ex euentu dona-

tio quodammodo pendet,& ex oratione Seueri & Antonini per mortem donationis ita confirmatus vt retro valeat,& tum perinde ſit,ac ſi valida ab initio fuiſſet *l. donation. C. de donat. in* §. *vir. & vxor.* Et hoc reſpectu,quod retro potuit conualidari donatio, non omnino male per reuocationem pignus finitum eſſe dicemus: quod & oſtendit *l.* 1. §. *vlt. de pignor.* vbi ad modum iſtum, maritus ab vxore ſibi donatum prædiũ, proponitur dediſſe pignori.

Secundum exemplum, eſt, ſi hæres pignori dederit ſtatuliberum, cui ſub conditione vel die libertas data erat. Conditione enim exiſtente,aut die adueniente, pignus finitur. Et ſtatu liber vtique pendente adhuc conditione eſt ſeruus & in hæredis dominio, ideoque & alienari,& pignori dari poteſt, ſed cum ſua cauſa: Et hæc eſt quod dicitur in *l. grege* 13. §. 1. *de pign.* pignus euaneſcere, conditione exiſtente.

Tertium exemplum eſt, ſi vſusfructus ſit datus pignori: Si enim v. c. fructuarius qui ius iſtud pignori dedit moriatur, vel vſusfructus quocunq; alio modo finiatur, finito ita omni iure debitoris, pignus finitur, cum vtiq; domino res & proprietaria, præiudicari per pignus iſtud non poſſit.

Quarto ex eodem fundamento deſcendit, quod ſi pignus pignori fuerit datũ, & primus debitor ſoluerit pecuniã, protinus ius ſecũdi creditoris finiatur *l.* 1. *&* 2. *C. ſi pign. pign. dat. l debit.* 49 §. *vlt. de pign. act.* quoniã omne ius ſecundi creditoris, dependet à primo, cui ſi ſatis factũ ſit, nihil amplius creditor ſecũdus prætẽdere poteſt. vbi ſcilicet res adhuc in terminis pignoris ſubſiſtit, & re integra debitor primus pecuniam ſoluit: nam vt ſupra diximus, *lib.* 2. ſeruandus etiam creditor pignus diſtrahere poteſt, de quo & de pignoris huius natura *d. lib.* 2. diximꝰ plura.

Quinto huc referri poteſt, quod ſi res data fuerit pignori, quæ fideicommiſſo conditionali obnoxia eſt, exiſtente conditione pignoris obligatio ipſo iure ſoluitur: quod prolixe ſatis & clare eſt diſpoſitum ei Iuſtin. *in l.* 3. § *ſin autem* 3. *C. comm. de legat.* &, ſi nimirũ legatario viuo exſiſtat conditio: quoniam legatum conditionale, ſi præmortuus ſit legatarius, cõſtat ad hæredes nõ transmitti: quod vtiq; Iuſtin. nõ mutauit.

2 Sexto inſigne exemplũ eſt, ſi ille rẽ dedit pignori, qui tantum vtile habet dominiũ, vt appellant: quod ſi ab eo ex certis cauſis abeat, & ius eius finiatur, ipſo iure finitur & pignus. Talis eſt emphyteuta: & emphyteuticã rẽ pignori dari poſſe. ſup. *li.* 2. probauimꝰ, ſed ſaluo iure domini directi. Itaq; ſi ad nõ ſolutũ intra terminos canonẽ aut ex quacunque alia

alia finitam emphyteuſin, ius debitoris ſoluatur, ipſo iure & pignus finitur: idque in terminis fundi vectigalis, & canonis ſine vectigalis non ſoluti, reſponſum eſt in per *l. Lex vectigali 31. de pignorib.* & vtique quod conuentio ibi facit, de ſoluendo vectigali, idem & magis ius commune operatur, iuxta quod qui intra triennium non ſoluit canonem domino directo, ius ſuum amittit *l. 2. C. de iur. emphyt.* Idemq; eſt in ſuperficiario, qui ſalarium debet, quo non ex fide ſoluto ius eius perit. Idq; eſt quod dicitur in *l. etiam 15. Quinotiores*, ſi ſalarium non ſoluatur, potius eſſe ius domini quam creditoris, cui ſcil. ſuperficies fuit obligatus: quæ etiam ſententia eſt *l. tutor. 16. §. vlt. cum l. ſeq de pign. actiua* quod vectigale & ſuperficiarium prædium pignori quidem dari poſſit, ſed ita vt ſine diminutione mercedis ſoli obligetur: id eſt, vt ne per pignorationem domino ſoli vllum periudicium generetur. vbi illud ex *d. l. 31. de pignorib.* Eſt notandum, quod ad ius ſuum conſeruandum, ſoluere poſſit domino directo, ipſe creditor, ne in commiſſum emphyteuſis cadat: quod & ad eum locum omnes notant. 3.
Sed dubium eſt. an & tertius præter creditorem penſionem & canonem ſoluere poſſit, & ita facere, vt Emphyteuticum ius integrum maneat. Et ita quidem communi iure obtinet, vt quiſq; pro debitore, quod creditori debetur ſoluere poſſit. Sed hic dubium facit, quod intereſt domini directi, vt per emphyteutam ipſum non per alium canon ſoluatur. Non tam propterea, quod ceſſante Emphyteuta, ipſi domino directo res tota adquiritur: quàm potius quod aliàs periculum eſſe poſſit, ne emphyteuta animo interuertendi ius directum diſtulerit ſoluere canonem, qui ſoluendus eſt pro recognitione directi dominij, quem effectum ſolutio ab alio facta non operatur, cum iure prætendere poſſit alter, ſine mandato ipſius factam ſolutionem, non poſſe ipſi præiudicare: Quod ipſum inducit differentiæ rationem; quoniam in aliis caſibus nihil poteſt intereſſe creditoris, à quocunque pecunia ipſi ſoluatur. Et contrarium tamen communiter receptum eſt, quod nō tantum vt procurator quis, ſed etiam vt negotiorum geſtor, atq; adeo ignorante emphyteuta ſoluere pro eo canonem, & emphyteuticum ius hoc modo ipſi conſeruare poſſit: vt quidem teſtatur *Iaſon. in l. 2. C. de iur. emphyt. quaſt. 25. n. 67.* vbi caſum hunc vix pro dubitabili habet: pro quo adducitur *l. arboribus 12. §. 2. verſ. non ſolum de vſuſruct.* vbi retineri dicitur vſusfructus, ſi quis etiam me ignorante tamquam negotium geſtore vtatur: quamuis mihi iſtud videatur diſſi-

Digitized by Google

mile, quoniam in ſpecie *d.l.12.§.2.* verum eſt, quod quis iure iſto ſit vſus pro fructuario, nec proinde poteſt allegari, quod non vtendo finitus fuerit vſusfructus: atquin non eadem quoq; ratione actus recognitionis per alium expediri poſſe videtur: & ob id minus facit *l. qui fundum 12. quemadm. ſeru. am.* quoniam facile contingere poteſt, vt qui nouus dominus eſt, ex iuſta cauſa rem ſuam eſſe ignoret, aut interim eam petere impediatur, vt nihil miri ſit, ſi is qui interim poſſedit fundum, ſeruitute fundo debita vſus ſit, ius illud retineatur: cum dominus fundi ſeruientis nihil habeat quod hic prætendat, qui poſſeſſorem fundi vicini dominum eſſe putauit: Nec facit etiam *l. forma §. ſi cum ego de cenſib.* quoniam & ibi poſſeſſor ſe pro domino geſsit, & ad poſſeſſorẽ pertinet, fundum in cenſu profiteri. Quæ cum ita ſe habeant, multo minus verum videatur, quod eodẽ loco defendit *Iaſon.* licet quis non alieno nec emphyteutę veri, ſed proprio nomine canonẽ ſoluerit, dum ſe pro emphyteuta gerit, ius emphyteutę vero tamen manere integrũ: aut an potius ex dicta ratione facilius admittimus, ſi verus emphyteuta ius ſuum ex iuſta cauſa ignoret, & alter interim pro emphyteuta poſſideat & canonẽ ſoluat? Et haud ſcio an ſimpliciter illud dictum verũ ſit, quod pro certo habet & proponit ibi Iaſon. ſæpius, vbi agitur de conſeruatione iuris realis nihil intereſſe à quo & cuius nomine quid ſolutum ſit, & ſufficere hoc ſolum quod ſolutum eſt: neq; ego iſtius propoſitionis ſolidam rationẽ video; & vtcunq; id ita regulariter forte obtineat, at illud hic obſtat, quod ſolutionem oportet fieri in recognitionem dominij, ſub qua qualitate non niſi ipſe emphyteuta poſſe ſoluere videtur. Sed quidquid obiici & diſputari hic poſsit, communis ſententia procul dubio obtinebit: Et poterit hanc dominus facile ſibi cauere, (ſi forte metuat ne interuertatur ſibi dominiũ directum) ſi proteſtetur, aut interpellet & moneat ipſum emphyteutam, qui non poteſt præſcribere contra dominum, niſi ipſe ſe pro domino directo gerat, & canonem ſe debere neget: Et quod ad alterum intereſſe, vt domino res adquiratur, pertinet, non conuenit hoc viro bono, vt ex damno alterius lucrum captet, qui factum ſoluentis approbaſſe: imo niſi ille ſoluiſſet, ipſe id præſumatur fuiſſe facturus. Iam alia exempla propoſitionis initio cap. traditæ videamus.

4 Et eſt ſeptima ſpecies ſeu ſeptimum exemplũ, ſi contractus ex quo quis rem adquiſiuit, & pignori dedit, ipſo iure fuerit reſolutus: tum enim & pignus finitur. Et hoc ipſum pluribus modis contingere poteſt.

teſt. Pone, me emiſſe rem cum pacto commiſſorio, & eam pignori dediſſe: ſi ad diem pretium non ſoluero, poteſtate iuris ſoluto contractu pignoris ius itidem ſoluitur. Idem eſt, ſi ſub addictionis in diem Lege rem emero & eum pignori dediſſem, melior conditio fuerit allata, deſint enim res eſſe pignori *l. vbi autē 4. §. Sed & Marcellus d. in diem addict.* & finitur pignus, vt loquitur Vlpian. *in l. 3. Quib. mod. pign. ſolu.* Idem eſt, ſi quis rem cuius preciū quingentos ſolidos excedit, ſibi citra inſinuationis ſolemnitatem donatam pignori dederit; reuocata enim donatione euaneſcit pignus, vt recte *Neguſ. p. 5. m. 1. n. 45.* qui idē putat ſi rem emtā ſub pacto de reuertendo pignori quis dederit, facta enim reuenditione & retraditione pignus ſolui: quā ſententiam ego veram non puto: quoniā hic non ipſo iure venditio diſſoluitur: De quo rectius iudicium fiet ex altero caſu, quē proponit *Neguſ. de loco, n. 49.* & quem latius tractabimus, ſi quis rem emtā pignori dederit, & hæc poſtea ex cauſa læſionis vltra dimidium ab ipſo auferatur: putat Neguſant. hoc quoq; caſu ſolui pignus: ſed ego contrariam ſententiam ſolidè & ſuccinctè probaui ad *Treutl. de pignorib. th. 2.* paulo hic agam latius, Coryphæi iuris noſtri Bartolus & Baldus hic diſſentiunt, & ceteri certatim in partes abierunt. Vterq; Bart. & Bald. admittunt in eo poſitum eſſe cardinē controuerſię, nō in hac tantum ſed in omnibus eiuſdē generis controuerſiis, an alienatio ſit voluntaria an neceſſaria. Et vt ita diſtinguerent, inde moti videntur ꝙ vtriq; liquidiſſimi iuris eſt, rē pignoratā à debitore venditā, permutatā, donatā, in ſolutum datā, tranſire cum ſuo onere, nec finiri pignus: Et ita n. ſtatuunt, ſi alienatio ſit voluntaria nō finiri pignus; ſed finiri ſi alienatio fuerit neceſſaria. Et hinc n. fundamentū petit Bart. cur auocata re ex remedio *l. 2. C. de reſc. vend.* nō reſoluatur pignus, quoniā alienatio eā ſit voluntaria, ſiquidē emtor conuentus nō cogatur rē tradere ſed ſupplendo preciū liberetur. Sed ſane explicandū igitur erat, quid per neceſſariā alienationē intelligeretur; & mihi ſane rectè ex Baldi ſententia hactenus diſputare, & argum. iſti Bartoli reſpōdere videtur *Pinell. ad l. 2. C. de reſc. vend. p. 2. c. 3. n. 11. & ſeqq.* nō poſſe verè voluntaria videri alienare rē, qui pro ea reſtituenda licet alternatiue, conuenitur *ex l. 2. C. de reſc. vendit.* cū præſertim quominus ſuppleat pretiū, tum inopia tū aliæ cauſæ, & quod rē tanti nō æſtimet, impedimēto eſſe poſſint. Itaq; ſi hinc ratio decidēdi ſumēda eſſet, ego potius pro Baldo contra Bartolū reſponderē. Sed ego ad Treutl. d. loco ex alio fundamēto hanc rē decidendā eſſe probaui. Atq; in ſuma duos ego eſſe arbitror cōſtituēdos principales caſus, quib9 regula illa procedit,

dit, quod reſoluto iure pignorantis etiam reſoluatur ius creditoris. Vnus eſt, vbi qui rem pignori dedit, non habuit ius plenum in re, ſed alius eſt præterea, qui etiam & quidem potentius ius in re habet, & ad quem totum & plenum ius rei ex cauſa & euentu certo peruenire poteſt, in quem euentum eius iuri per pignorationem præiudicari non poteſt: atq; hinc deſcendit, quod de vſufructu pignorato diximus: itemq; de pignorata re emphyteutica, quæ vel non ſoluti canone, vel finita generatione reuertitur ad dominum. Alter caſus eſt, vbi ipſa poteſtate iuris, contractus ex quo res translata, poſt & pignorata fuit, ita reſoluitur, vt perinde ſit, ac ſi nihil actum fuiſſet: quod accidit vbi contractus conditionem habet reſolutiuam, veluti, vt diximus, in terminis factæ venditionis ſub Lege commiſſaria, aut in diem addictione: Sicut enim conditio ſuſpenſiua exſiſtens, retrò ponit, quaſi ab initio purè contractum eſſet: ita conditio reſolutiua retrò tollit, quaſi ab initio nihil actum eſſet. Et poteſt hoc ipſum ex altera parte diſtinctionis Dd. quadantenus decidi: ſiquidem hoc modo citra illum factum debitoris poteſtate pactionis cui hanc vim Lex dedit, reſoluitur venditio: Et inſubtiliter Faber obiicit, quod emtor oblata pecunia potuiſſet facere vt res apud ipſum maneret: etenim quomodo & qua autoritate, ſi ſoluta pecunia non fuerit, reſoluatur contractus, conſiderandum eſt. Vbi ſcrupulus remouendus eſt, quem facit *l. 3. in fin. quib. mod. pign. ſolu.* vbi cum rem ſic emptam *niſi diſplicuiſſet*, cum emptor pignori dediſſet, & poſtea ex ea cauſa irrita facta eſſet, pignus finire negatur: cum enim ſimplex diſplicentia non poſſit habere pro facto alienationis, hic quoq; ſub conditione reſolutiua emptio contracta videatur. Neq; expedit modum quod Faber ait, *dec. 23. c. 2.* iniquum eſſe & abſurdum, vt ius ſoluendi pignori conferatur in arbitrium debitoris: vel quoniam intelligimus iuſtam cauſam diſplicentiæ superueniſſe emtori, propter quam ille, non vero eo ſcopo, vt ſolueret pignus ab emtione receſſerit: vel quia poſita reſolutione contractus & eius effectu, quod tum retrò nihil actum cenſeatur, non poteſt pignus conſiſtere: qua de cauſa etiam fruſtra *Bart. ex d. l. 3.* fulcire conatur diſtinctionem ſuam, & probare, quod ſi alienatio voluntaria ſit, pignus non ſoluatur. Ego negandum cenſeo, quod in ſpecie *d. l. 3.* contractus habent conditionem reſolutiuam: & eum locum cenſeo explicandum & ſupplendum eſſe *ex l. 6. de rec. vendit.* & quod nimirum ita pacti ſint contrahentes, vt ſi diſplicuerit res, reddere eam liceat vendi-

venditori, quem ſenſum nec verba JC. *in d. l. 3.* reſpuunt. Itaq; venditio firma manet ipſo iure, ſed emptor ex pacto rem reddere, ex empto aut præſcriptis verbis, vt venditor rem recipiat agere poteſt. Et adeo diuerſus eſt caſus *l. Sabinus 9. d. in diem addict.* nam ibi ex natura pacti & addictionis in diem, allata meliori conditione, vtcunq; facultas reſiliendi in perſonam emptoris ſit collata, emptio ipſo iure diſſoluitur. Et ita poteſt iuxta hanc explicationem pars vtraq; diſtinctionis Bartolinæ huc adcommodari: nam & in ſpecie *d. l 3. Quib. mod. pign. ſolu. in fin.* cum ipſo iure firma ſit emptio, ex arbitrio & voluntate emptoris ea retractatur: & in ſpecie *l. Sabinus. 9. d. in diem addict.* poteſtate iuris ab emptore abit: & nequidquam hic obiicit Pinellus quod emptor prior facere poſſit, vt res apud ipſum maneat, ſi contra licitetur: quoniam vt ſupra ad argumentum Fabri eiuſdem generis, reſpondimus, ſatis eſt, quod poteſtate iure res diſcedit ab emptore & ei aufertur; adeo vtcunq; non offerat emptor, verum tamen eſt, quod abſque eius voluntate ei res æſtimatur & emptio reſoluatur, neq; enim vt plus afferat, obligatus eſt, & cum emptionem vel alienationem voluntariam dicimus, facto emtoris rem transferre intelligimus: & aliud eſt quærere de facto, aliud, de non facto: & non faciendo & non plus offerendo cogitur emptor hoc pati, vt res ab eo abeat: & nihil ille ita facit, ex quo ipſius voluntate rem abire colligi poſſit, cũ potius præſumatur, graue ipſi eſſe ſemper contra licitare & quod nõ pro alio pretio quam quod ab initio dictum eſt, rem velit retinere. Quæ ſane aliter ſe habent in terminis *l. 2. C. de rer. vendit.* Et dicerem ego pro Bartolo, quod ex cauſa læſionis vltra dimidium, detur ipſa actio contractus ex vendito, & ea iuxta naturam ſuam per *d. l. 2.* informatam, ad pretium ſupplendum, ita vt reſtitutio rei ſit tantum in ſolutione: quo poſito ſane iſtam reſolutionem voluntariam eſſe fatendum erit. Hæc ita pro Bartolo dici poſſunt, cuius ego vt ſententiam probo, ita rationem qua vtitur, non valde probo, ſed hanc, quæ ex ſup. dictis intelligitur, quod vtcunq; lectio interuenerit, tamen nihilominus dominium rei plenum rei & perfectum & à nullo dependens transfertur in emptorem, & venditio ſimpliciter eſt pura, cui nulla ineſt conditio reſolutiua: & fit ex accidenti, quod poſtea per remedium *l. 2. C. de rer. vend.* res aufertur ab emtore, ſiue id fiat ipſius voluntate, ſiue etiam ex quadam neceſſitate, cum & arbitrentur non pauci ex remedio *l. 2. C. de rer. vend.* alterna huc agi, vt pretium ſuppleatur, aut res reſtituatur: quod to-

Digitized by Google

tum ſecus eſt *in l.31. D. de pignor. & l.4. & 9. de in diem add. & l.3. in pr. Quib. mod. pign. ſoluit.* Illud facile remouetur, quod ita videatur inferri venditori iniqua conditio, ſi rem cũ onere pignoris accipere cogatur: & paratum enim eſt hic remedium, quod in terminis rei emptæ, pignori datæ & poſtea redhibitæ proponunt JCti in *l. redhibere.21. §.1. l. bouem 43. §. pignus 8. de ædif. edict.* nimirum vt ſi dubitetur, an res ſit forte pignori nexa, emtor venditori de indemnitate caueat: Quod ſi rem obligatam eſſe conſtet, rem liberare cogatur emtor, aut ob hoc ipſum condemnetur: quod Faber *d. dec.23. cap.2.* ignorauit, vbi ait condemnandum emtorem in omne id quod venditoris intereſſe poteſt: nec enim incerta ſententia ferri poteſt. Et vbi conſtat de pignore, ſatis conſtabit etiam de eo quod intereſt: ceteroquin non condemnari emtor, ſed cauere debet. Et ex fundamentis iſtis, ſi res ſub pacto de reuendendo empta pignori data, & poſtea ex pacto reſtituenda ſit, idem contra Neguzantium ſupra citatum & alios, reſpondendum cenſeo, quod nimirum pignus non ſoluatur.

Sed quid, vt & hoc addamus, ſi res donata pignori data, poſt ob ingratitudinem reuocetur, an reſoluetur pignus? Affirmat id *Pinell. ſup. de loco n.19.* fortaſſis ex hac ratione, quoniam neceſſario rem reſtituere donatarius tenetur: ſed nos iſtam rationem non ſatis concludere probauimus. Affirmat idem *Faber dec.23. cap.4.* hac ratione, quod donatio ipſo iure reſoluatur: quam fateor bonam eſſe: ſed eam non video à Fabro probari, & omnino puto falſum eſſe, quod donatio ipſo iure ob ingratitudinem reſoluatur, & conſequenter ex ſup. poſitis fundamentis contra Pinellum & Fabr. pignus reſolui nego: & profecto fuerit id abſurdum, cum iſta cauſa ſit plane accidentaria, de qua nec cogitare creditor potuit; nec tùm etiam cogitauit donatarius, in quem dominium plenum & perfectum ſine vlla conditione reſolutiua translatum fuit. Et ego nec rationem vllam nec textum video, quo probetur, quod ipſo iure donatio hic reſoluatur. Et mirum, ni Fabium decepit textus *in l.7. C. de reuoc. donat.* vbi ait Imp. quod actio quâ revocatur ob ingratitudinem donatio, effectum habeat vindicationis: quod forte ille ſicut & alibi Hunnius, intellexit de actione in rem, quaſi donator rem vindicaret iure dominij quod poteſtate iuris ad ipſum ſit reuerſum: Sed fœdus omnino hic error eſt, quoniam per vindicationem ibi Imp. intelligit *vindictam* quod nimirum ea actio exerceat vindictam ingratitudinis, & quæ proinde contra ipſum dona-

nata-

Digitized by Google

natarium tantum, non etiam heredes detur: quemadmodum ita & eodem ſenſu iniuriarum actio competere dicitur ad vindictam. Sed de hoc finiendi pignoris modo ſatis multa: Explicanda res fuit ex fundamentis: & licet enim cum Bartolo ſentiamus, tamen rationem qua mouetur, non probamus.

CAPVT XIV.

Colophon ad tractationem de finitione pignoris.

1. *De ancilla pignorata proſtituta ad l. 24. §. vlt. de pign. act.*

OCcurrunt duo ſingulares modi finiendi pignoris, quos ſub finem iſtius tractationis notare libet. Vnus eſt, qui tantum habet locum, in pignorata ancilla, ſi creditor eam proſtituerit: textus eſt in *l. eleganter rer. 24. §. vlt. in fin. de pign. act.* quod tamen parum apte videtur cum præcedentibus cohærere, ſi tractauerit male res pignoratas creditor, cum hoc nomine pignoratium iudicio teneri: neque vero mala tractatio eſt modus liberandi pignoris: itaq; infertur malè à mala tractatione ad pignoris liberationem, & quod ob proſtitutionem ancillæ pignus ſoluatur. Haud abſurde quis crediderit, id ita mutaſſe Tribonianum, reſpicientem ad conſtitutionem *Diocletiani in l. fœdiſſime 7. C. de captiu. & poſtlim.* ex qua amittat ius pignoris, qui redemtam ab hoſtibus proſtituit: quod Tribonianus generale eſſe voluit: forte in conſideratione habuit, & Tribon. ſanctionem imperat, *in l. ſi lenones 12. C. de Epiſc. aud.* ex qua ex hac cauſa & filiæ & ancillæ patria & dominica poteſtate liberantur: Et voluit igitur pignus quoque ſolui hoc effectu, vt debitor pignoratitia actione ancillam repetere poſſet. Alter modus ſingularis eſt itidem in ſingulari ſpecie pignorata, & in corpore quoq; libera, quod redemit ab hoſtibus: vt nimirum ſoluatur pignus, ſi redemtus quinquennales operas præſtiterit *l. vlt. C. de poſtlim. reuerſ.* Affine eſt, quod in eadem ſpecie ſoluitur pignus, ſi quis redemtam ab hoſtibus, matrimonio ſibi iunxerit. *l. ſi is 13. C. de poſtlim. reuerſ.* Hi ſunt modi ſpeciales in re pignorata. Addamus modum liberandi pignoris ſpecialis, prętorij, ſi debitor compareat aut ipſe, aut alius & de defendendo caueant: ita enim ſolui pignus prætoriũ conſtat, quod per primum decretũ conſtitutũ eſt, quippe huic vni

fini, vt debitor cuſtodiæ tædio adfectus compareat & ſe defendat: & idem eſt, ſi alius idoneam offerat defenſionem.

Illud etiam aliter hic addamus, cum conſtet etiam alium pro alio pignus obligare poſſe, an pariter obtineant, quæ hactenus dicta ſunt, an aliquid ſit ſpeciale, &, vt apertius, dicuntur, an ſi forte debitor moritur, & creditor ipſe longiores moras ferat, an aliquod ſuperſit remedium, quo dominus qui pro alio rem obligauit, vt liberetur pignus
7 (quod forte eius plurimum interſit) conſequi poſſit. Et fideiuſſoribus remedium eiuſmodi proditum eſſe conſtat, vt ſi diu in obligatione ſteterint, vel qua alia iuſtiſſima vigeat, poſſint agere actione contraria mandati aut negotiorum geſtorum contra debitorem, pro exoneratione, & vt fideiuſſione liberentur: in quam rem ſunt *textus in l. Lucius*.38. §.*vlt.Mandati l.ſi pro ea* 10.*C.eod.* hoc effectu, vt ſoluat pecuniam, aut aliter caueat, ſuper quo procul dubio & creditor audiendus erit, nec diuerſa videtur ratio pignorum quæ alius dedit; & quid ſi enim quis forte inopia rei familiaris coactus rem diſtrahere velit: itaq; & hic dominus iſte aut mandati aut negot. geſtorum actione impetrabit, vt pignus liberetur: atque ita etiam Neguſ. concludit ex ſententia communi Dd. *part.6. in 3.n.*45.

Capvt XV.

De his quæ conſequuntur ſolutionem pignorum, & de pigneratitia directa actione.

1. *Differentia actionis pigneratitia & Seruiana.*
2. *De vera cauſa & matre huius actionis ex qua naſcatur.*
3. *Examinatæ ampliationes Neguſ.*
4. *Examinatæ eiuſdem limitationes.*

DVo capita principalia initio huius libri propoſuimus. De liberatione pignoris, & quæ eam conſequantur. Et nimirum ſoluto vinculo pignoris, & ceſſante iure creditoris, rationis eſt, vt ea debitori res reſtituatur. Et hæc enim tractatio pertinet ad pignus & cuius poſſeſsio eſt apud creditorem, ſiue ea ex conuentione ipſi tradita ſit, ſiue poſtea ad eum peruenerit. Vbi autem pignus eſt apud debitorem, res per ſe eſt liquida, quod aut ipſo iure tutus eſt debitor, aut vtique exceptione defenditur contra Seruianam actionem. Hic autem acturi dicimus de pigneratitia directa, nam de contraria diximus

ſupra

ſupra *lib*. 3. vbi de iure creditoris in pignore tractauimus. Et intelligimus pignoratitiam in ſpecie dictam: cæteroquin pignoratitiæ nomine non ſemel ſignificatur hypothecaria, cuius tractatum abſoluimus *lib*. 3. Et hic lucis gratia breuiter notamus differentias actiones hypothecariæ, & pignoratitiæ in ſpecie dictæ: Et 1. pignoratitia oritur ex contractu reali regulariter: hypothecaria, ex pacto nudo, vt vulgo dicunt, ſed vt ſæpe monuimus, eſt ex Edicto prætoris: nam & vbi pignus per traditionem conſtitutum eſt, amiſſa poſſeſſione eam locum habere conſtat 2. Illa eſt perſonalis hæc vero realis: 3 Illa eſt duplex directa vt cōtraria hæc tantum vnica 4. Hæc tantum datur creditori: illa principalis directa nimirum, debitori. 5. vtraque differt, quoad finitionem: & quo tempore finiatur hypothecaria, adparet ex his quæ ſupra diximus de modo finiendi pignoris per præſcriptionem: *itemque lib*. 3. an iſti actioni obſtet præſcriptio dominij: quanto autem tempore duret pignoratitia, inf. mox videbimus. Denique ex Dd. Neguſant. addit *p*. 7. *m*. 1. hanc differentiam, quod pignoratitia actio ſit bonæ fidei, hypothecaria autem ſtricti iuris. Et Dd quidem actiones in rem ſolent referre inter actiones ſtricti iuris: ſed oſtendimus in Tract. *de action. diſp*. 6. inſubtiliter hoc dici, & diſtinctionem hanc in bonæ fidei & ſtricti iuris, ſubdiuiſionem eſſe actionum in perſonam.

Porro diximus ſoluto pignore rationem ſuadere vt actio pignoratitia detur contra creditorem pro re reſtituenda. Itaq; tum demum & actu mouere poteſt iſta actio: ſed an ea tum demum etiam naſcitur? 2
Ita vulgo & pro regula ſtatuunt Dd. & poſt eos *Neguſ. p. 7. m. 2. n. 9*. quod vbi ſolutum vel ſatisfactum ſit pro debito (idem erit, ſi iuxta ſuper explicata ſatisfactum ſit per ſubrogationem) pignoratitiam: atque ita etiam loquitur ICtus in *l. ſi rem 9. § omnis 3. de pign. act*. An ſatis accurate id ita dicatur mox videbimus: Interim hoc monemus, id ita vbi de debito ſoluto, vel pro eo ſatisfacto quæritur obtinere mediate: & accuratius enim dicendum eſſet, ſoluto debito, ſolui vinculum pignoris, & hoc ſoluto naſci actionem pignoratitiam. Iam hoc ita admittamus, & videamus, quæ de ea re tradit *Neguſ. d. loco*: proponit ibi quindecim li- 3
mitationes, quas ſtrictim examinabimus. Prima eſt, licet non ſolutum, ſed etiam alias ſatisfactum ſit. Sed nimirum debet ita regula concipi: quod actio competat pignoratitia ſi ſolutum ſit debitum aut eo nomine ſatisfactum: quomodo in *d. l. 9. § 3. de pign. act*. proponitur. Et igitur iſta ampliatio nō eſt. Secunda eſt, quod regula procedat etiam ſi

Digitized by Google

fuerit aliena res pignori obligata. Sed hæc quoque nulla eſt, quoniam ad obiectum hoc pertinet, & hactenus, vt actio pignoratitia competat, res aliena etiam recte pignori datur. Secundum quod etiam nulla eſt tertia ampliatio quod actio illa & prætori competat. Quarta eſt, quod ſufficiat, ſi item in iudicio offerri pecuniam. Sed ita ſane non ſolutum eſt, verum cum in creditoris ſit poteſtate accipere pecuniam oblatam hactenus id pro ſolutione habetur. Quinta eſt, ſi etiam ſolutum ſit alij, modo ei recte liceat ex iuris ratione ſoluere. Sed hæc quoque ampliatio eſt inſubtilis: quoniam hoc ipſum in regula continetur, quæ loquitur de ſolutione, quæ ſi recte facta ſit, effectũ ſuum habeat, neceſſe eſt. Et adeo inſubtilis etiam eſt ampliatio ſexta, *licet alius ſoluerit*: quoniam ex ratione iuris ſoluere pro debitore quivis poteſt. Eademque ratio eſt ſeptimæ ampliationis *ſi pecunia non accepta ſit depoſita*: quoniam iſtud pro ſolutione eſt. Octaua eſt, quod cõpetat, etiamſi debitor, cum pecuniam ad manus non haberet quam ſolueret creditori dederit rem, quam alteri pignoraret, eo adeo ab eo pecuniam acciperet. ex l. petenti 27. de pign. act. Quæ ampliatio manifeſto inepta eſt, quoniam non eſt de regula, quæ loquitur de ſolutione: & in ſpecie illa magis eſt, vt præſcriptis verbis actio ſit neceſſaria vtique pignoratitia locum non habet, vt infra probabimus. Nona ampliatio eſt, quod etiam competat contra creditorem ſecundum cui primus rẽ ſibi pignoratam porro pignori dedit. Id quidem dubium, (de quo infra videbimus) & ſubinepta eſt ampliatio, cum iſtud ad quæſtionem pertineat, an hæc actio contra tertium detur. Eiuſdem farinæ eſt ampliatio decima, quod etiam detur contra fideiuſſorem qui pignora luit, & de eo poſt itidem videbimus. XI. eſt, quod competat, licet ex pacto pignus vendere creditor poſſit: quæ eſt inepta, quia continetur ſub regula, nihil enim amplius hic debitor facit, quam quod ſoluit. Adeoque & inepta eſt XII. ampliatio, *ſi debitor obijciat compenſationem*: ſiquidem accipienda eſt ſuperior regula non de ſolutione reali. Sed ſimpliciter de ſolutione, cuius ſpecies eſt compenſatio. Et huc etiam pertinet XIII. ampliatio, ſi creditor aliquid v.c. à fure conſecutus fuerit, nam & illud in compenſationem venit: de quo poſt agemus. XIV. eſt, etiamſi à creditori debitor pignus emerit. Quæ & ipſa inconcinna eſt, quam & ideo tantum proponit Neguſ. vt poſſit tractare de nullitate contractus: quod nos ſup. *lib. 3.* in materia de venditione

Digitized by Google

tione pignoris fecimus. XV. tandem eſt, licet in plus ſit condemnatus debitor. Sane ſententia habetur pro veritate: ſed pertinet hoc ad caſum quo creditor egit hypothecaria, & debitor ob contumaciam in plus eſt condemnatus & tum vero ex æquitate ſi offeratur debitum, liberatio contingit, *l.16.§.ſi pluris.de pign.* quod ſupra *libr. 3. in effectu ſecundo pignoris attigimus.* Ex quibus appaɾet, quod iſti Scriptores ſine iudicio congerant quæuis, ſaltem vt chartas impleant: & eſt hoc ſolemne Neguſantio vt pleraque locis incommodis tractet, ſatis habens quod tractauerit. Atque hæc de Neguzantij ampliationibus videamus & limitationes, quas congerit ibidem. Prima eſt, quod non detur actio pignoratitia, niſi ſolutæ etiam ſint vſuræ. Hæc inepta eſt: quoniam regula non tantum ad principale debitum, ſed ad omne debitum pertinet: quo modo & concepta eſt à ICto *in l.9.§.5.de pign.act.* & vtique etiam vſuræ debitæ ſunt. Altera recte ſe habet, quoniam licet vnus debitoris hæres, ſoluat portionem ſuum quam tantum debet, tamen nec pro parte naſcitur pignoratitia actio quod ſup. *lib.3.* vbi de indiuiduitate pignoris, explicauimus. Tertia eſt, ſi poſt factam ſolutionem creditor rem emerit à debitore. Iſta quidem habet autorem ICtum *in l.aliena & §.vlt.de pign.act.* Sed reuera eſt inſubtilis, quoniam nouum ius & ex noua cauſa ſuperuenit creditori. Primus adhuc ſubtilis eſt quarta limitatio, ſi debitor ſoluerit nummos reprobos *l.eleganter 24. §. quæ reprobos de pign. act.* quoniam regula vtique accipienda eſt de ſolutione iuſta & legitima, qualis hæc non eſt, obiter ad *d. l.24.§.1.* addo, quod verba *, repertis nummis reddendis* ſignificent, debitori nummorum illorum dari condictionem, quoniam ita ius eſt, vt vbi ex ſolutione non naſcitur liberatio, eius quod ſolutum eſt detur condictio *l.2.§.V.Obl.* ꝙ licet Accurſius videatur reſtringere ad casũ, quo per errorem ſolutio facta eſt, tamen verius eſt, ſimpliciter dari condictionem, poſtquam ſolutio effectum ſuum non habet: quod & ita generaliter in *d. l. 2. §. 1.* proponitur. Quinta limitatio eſt, ſi pignus datum fuerit pupillo. At enim cum hoc caſu non naſcatur pignoratitia actio nec recte contractum ſit pignus *l. pupillo de pign. act.* fruſtra quæritur, an ei qui ſoluit hæc detur actio. Prorſus tamen ſi res ſit adhuc penes pupillum, locum habebit hæc actio V. eſt ſi amiſerit creditor pignoris poſſeſſionem, & expertus Seruiana actione litis æſtimationem & quod ſibi debetur à poſſeſſore fuerit conſecutus. Et hoc magis ineptũ eſt, quia creditor rem apud ſe nõ habet: Et tamẽ poſſit eo nomine 4

Digitized by Google

nomine teneri actione pignoratitia, ſi forte culpa ea quæ in hanc actionem venit, amiſerit poſſeſſionem. Septima limitatio eadem eſt cũ prima: ſi tantum pars pecuniæ ſoluta ſit, itaq; & ipſa inepta. Eodemque pertinet limitatio octaua, ſi creditor cauerit de euictione: neq; enim videtur totum ſolui, niſi caueatur de indemnitate: Sane hic non poteſt agi contra creditorem pro reſtitutione rei, ſed ſunt aliæ quoq; præſtationes iſtius actionis, de quibus poſtea agemus. Et præterea non eſt verum, quod iſto caſu non competat actio pignoratitia, ſed in iudicio de indemnitate præſtanda tractatur. Et hoc primum eſt genus limitationum, quibus ex ſententia Neguſ. & qui ſolent non datur actio pignoratitia. Aliud genus eſt, quibus contra ei qui non ſoluit, pignoratitia actio datur, quarum quatuor proponit *Neguſ. d. p. 7. in 2. n. 8*. Prima eſt, ſi pignus datum fuerit, ſpe numerationis futuræ, quæ ſecuta non eſt quod itidem inſubtile eſt, vtcunque ita loquatur ICtus. *in l. ſolutum 11. §. 2. de pign act.* quoniam hic ab initio reuera obligatio contracta non eſt, & fruſtra quæritur de ſoluenda pecunia quæ nulla debetur. Eiuſdem farinæ eſt, limitatio altera, ſi conditio defecerit, ſub qua pignus datum fuit, aut pactum de non petendo fecerit creditor: quamuis huius quoque limitationis autor videatur ICtus in *d. l. 11. §. 2.* ſed vtique oportet præſupponi quod quis debeat, vt de ſoluendo recte quæri poſſit. Tertia limitatio rectius concipitur, Si ſublata ſit obligatio pignoris durante principali: quod ſæpe contingit, & tum enim recte agitur pignoratitia: & eſt hæc generalis adeo exceptio, vt inepte caſum ancillæ proſtitutæ huc tantum Neguſ. adducat: ſicut nec recte huc refert caſum, quo creditor male tractauit rem pignoratam: non enim ita ſoluitur pignus: ſed eſt propria præſtatio actionis pignoratitiæ ſuper damno quod creditor dedit: Eſt autem caſus ſingularis, quo propter intereſſe & datum creditoris & hinc damnum datum necdum ſoluta pecunia agitur pignoratitia actione in *l. vlt. in f. pr. d. pign. act.* quæ inſignis, & notanda limitatio eſt. Hæc ita exercendi ingenij cauſa ad ſuperiores ampliationes & limitationes Neguſ. annotare viſum fuit. Iam an rectius & accuratius rem tractare poſſimus, experiamur.

CAPVT

Digitized by Google

CAPVT XVI.

Amplius de cauſa, ex qua naſcatur pignoratitia actio.

1. *Qualis hic regula ſit conſtituenda circa natiuitatem pignoratitiæ actionis.*
2. *De vera cauſa ex qua naſcatur hæc actio.*
3. *Confutata opinio communis.*

POſito adhuc, quod ſoluta pecunia, aut, ſoluto vinculo pignoris, naſcatur actio pignoratitia, ita conſtituenda eſt regula, vt ne tot ampliationibus & limitationibus, quas & pleraſq; ineptas eſſe oſtendimus, ſit opus. Et quo magis enim conſtringitur regula, & ſeipſam tuetur & ſingula decidit, eo rectior eſt & perfectior, quæ nimirum conſtituatur pro principio quodam, ex quo illationes & deciſiones deducātur. Et JCtus in *l.9.§.3.d.pign.act.* Ita proponit regulam. Quod ſoluto omni debito, vel eo nomine ſatisfacto, naſcatur actio pignoratitia. Sed paulo agit confuſius, quia cum in regula verbum *ſatisfactum*, quod ratio vtique exigit, referendum ſit ad debitum, & quod pro debito fuerit ſatisfactum, tamen mox in ſeqq. verbum iſtud ita accipit, ſi obligatione ipſa durante principali, ſatisfactum ſit pro pignoribus, & conuentum, vt vel fideiuſſores vel alia pignora ſubrogarentur. Si accuratius agere volumus: proxima cauſa ponenda eſt, & ita regula formanda.

Soluto vinculo pignoris, naſci & competere actionem pignoratitiam. Idque his quæ hactenus tradidimus conuenit, & ex ſingulis modis quibus liberatur pignus, confirmatur. Et diximus vero liberari pignus vel immediate vel mediate: Illud, ſi recta in pignus concipiatur liberatio: quo caſu principalis obligatio durat, & nihil opus eſt, pecuniam eſſe ſolutā Hoc verò per ſolutionē principalis obligationis. Itaque in his terminis ita conſtituenda regula eſt. Quod ſublata obligatione principali, naſcatur actio pignoratitia. Sed puto ideo JCtos noluiſſe ita proponere regulam, quoniam non vno caſu, ſublata quamuis principali obligatione, pignoris obligatio durat, vt ſup. hoc libro explicauimus. Et itaque maluerunt ponere cauſam iſtius actionis ſolutionem, qui eſt modus naturalis, poſt quem nec naturalis vlla obligatio, quæ ſuſtineat vinculum pignoris, ſupereſſe poteſt: ſed vt

Kkk rectius

Digitized by Google

rectius principij locum obtineat ita eam conſtituamus. Quod ſolutione debiti legitime & plene facta naſcatur & competat pignoratitia actio. Et primo intelligemus ſolutionē non tantum quæ fit per actualem numerationem, ſed etiam quæ pro ſolutione eſt, ita vt obligatio tollatur prorſus, pro qua pignora nexa fuerunt. Ex quo inferemus etiam, nouatione acceptilatione, etiam compenſatione obſignatione & depoſitione, interuenientibus competere actionem pignoratitiam, itemq; ſi pacto ſit remiſſum debitum: quo nam hæc omnia habent effectum ſolutionis, ita vt vtiq; creditor pecuniā amplius cum effectum petere non poſſit: ſufficit enim & ita cōpetere pignoratitiam, vt ſi qua forte ipſo iure obſtet exceptio, ea per replicationem remoueri poſſit. Deinde, verbum Debiti efficit vt inepta ſit limitatio, quam proponit Neguſ. ex *l.11.§.2.d.pign.act.* quod etiam non ſoluta pecunia detur hæc actio, vbi non numerata pecunia fuit. Etenim, ſi non facta ſolutio debet remorari hanc actionem, oportet, vt prius debita ſit pecunia, quæ vbi numeratio non fuit, nec eam ſoluere neceſſe eſt. Deniq;, ex verbis *plenè & legitimè*, infertur, oportere ſolutū eſſe omne debitum, non partē; oportere etiā ſolutas eſſe vſuras: oportere ſolutos eſſe nummos bonos non reprobos: quæ omnia & alia id genus ex regula ita conſtituta conſequuntur: veluti porrò ꝙ liberatur pignus ſiue ſoluatur creditori, ſiue alij eius voluntate: & cuicunq; tandē iure ſoluitur *l. ſolutū 11.§. ſolutā 5.d.pign.act.* ſiue ſoluerit debitor ipſe ſiue alius pro eo *l.1. in pr. quib. mod. pign. ſolu. l. res 11.* C. *de pignorib.* quæ inconcinne à Neguſ. inter ampliationes & limitationes referuntur. Atq; huc etiam pertinet, quod pecunia habetur pro ſoluta, quando ſtat per creditorem, quò minus eam habeat: ex quo & qui offert pecuniam, poteſt mouere actionem pignoratitiam: quò & ad ſimiles caſus pertinent textus *in l. aliena 20 d. pign. act. l. nec creditores* 10. *& l. vlt. C. d. pignor. act. l. vlt. C. d. luit. pign. l. 8. C. d. diſtr. pign. l. creditor 20. C. d. pignorib.* Quibus addendum, quod ſolutionem oportet fieri congruo tempore & re adhuc integra: ſera eſt enim oblatio poſtquam pignus diſtractum eſt, *l. ſi priusquam* C. *d. diſtr. pign.* Denique ſolutum debitum eſſe oportet, litem autem ex obligatione principali conteſtatam, quin & debitorem condemnatum eſſe, non ſufficit: vt ſup. non ſemel notauimus. Atque ita vulgo traditur, quod

2 actio pignoratitia naſcatur demum ſoluto debito. Ego vero exiſtimo id non ſatis aut verè id aut ſubtiliter dici. Sed dicendum eſt actionem iſtam naſci ex contractu ipſo pignoratitio, & ſtatim & eo ipſo

puncto

Digitized by Google

puncto, quo res pignoris cauſa traditur. Ne cui hoc videatur abſurdum, plenius explicabimus. Ita quidem deſertè JC. dicit in *d. l. 9. §. 3. d. pign. action.* quod debitum omne ſolutum oporteat eſſe, vt naſcatur pignoratitia actio: ſed nec ſemper accurate ſatis loquuntur JCti, & nihil aliud ibi ſignificatur, quam quod antea non poſſit actu moueri ea actio, adeo vt verbo *naſcatur* ibi abutatur JCtus, nec tamen abſurde ita vtatur, nam & vſus actionis eſt in exercitio, & vt maximè actio nata ſit, ſi nondum inſtitui poſſit, effectu inſpecto perinde eſt, ac ſi necdum nata eſſet. Et ita non vno loco ſcribunt JCti, vbi obligatio diem certum habet, ante diem non poſſe agi, aut non eſſe actionem *l. 9. inſ. pr. d. reb. cred. & alibi paſſim*: & tamen, quod ſuo loco ſolide probaui, ſtatim nata eſt actio, ſed quæ ante diem non rectè mouetur, & imo ex ratione iuris veteris cum periculo mouetur, quoniam ante diem agens male agebat, & amittebat actionem. Illuſtratur hoc inſigni exemplo in *l. Iulianus 13. §. offerri 8. d. action. empti*: vbi JCtus ait, ſi non offeratur pretium, nondum eſſe ex empto actionem. Et tamen certiſſimum eſt, ſtatim perfecto contractu iſtam actionem naſci: & conſequenter negatur actio eſſe reſpectu effectus, quod ea niſi ſimul offeratur pretium, emptor obtinere & rem conſequi non poteſt. Et quid ni igitur liceat ad eundem modum explicare *d. l. 9. §. 3. d. pign. action.* quod non naſcatur actio, niſi ſoluta pecunia; neque verò minus eſt, non eſſe actionem, vt ait JCtus, in *d. l. 13. §. 8.* quam non eſſe actionem natam vt eſt in *l. 9. §. 3. d. action. pign.* Et poſſit inſuper exiſtimari, quod iſtæ exceptiones, non ſoluti aut oblati pretij, quæ competit venditori; non ſoluti debiti, quæ competit creditori ſint priuilegiatæ, & vt loquuntur Dd. ſtatim excludent actorem à limine iudicij, & impediant litis conteſtationem: aut vt loquamur ad rationem iuris veteris, quod prætor actionem protinus negauerit, vbi ab aduerſario & reo conuento tale quid obiectum fuiſſet, vt tanto rectius poſſit dici non eſſe actionem: vt tamen nihilominus verum ſit, actionem ex contractu reuera natam fuiſſe: Pro qua ſententia ſolidè facit quod poſita cauſa proxima & non impedita, ponitur effectus: nulla autem alia cauſa actionis dari poteſt, quam conuentio & obligatio: itaque poſito contractu pignoratitio neceſſe eſt poni obligationem & conſequenter actionem: quod & probatur ex *§. vlt. Inſt. quib. mod. re contr. oblig.* vbi Iuſtin. ait, (quod & alias patet) creditorem qui pignus accepit, Re obligari,

& ad rem reſtituendam teneri : Ergò obligatur per ipſam acceptionem rei : & igitur & tum naſcitur actio : Per actionem hic intelligo non eam quæ eſt in exercitu, ſed quæ definitur à JCtis & Iuſtin. in *pr. tract. d. action.* ius perſequendi & agendi : eo ſenſu quo & dominus qui rem poſſidet, actionem in rem habere dicitur. Et rem intuenti accuratius, apparebit, quod JCtus in *d. l. 9. §. 3. de pign. act.* loquatur de actione conſiderata in actu ſecundo, & actionis conſideratæ in actu primo, exercitio : & de hoc etiam dicemus plura poſt in quæſtione an
3 huic actioni & quando & quanto tempore præſcribatur. Et errant igitur in hac re Doctores, & inepta iuxta & falſa ſunt, quę de natiuitate iſtius actionis ſcribũt, & *ex iis Neguſ. p. 7. m. 2. n. 7.* his ipſis verbis ferè: quod cum contractus pignoratitius ſit realis, fateri oporteat, quod ex ipſo contractu actio pignoratitia naſcatur, ſed quod oriatur ſatisfactionis & ſolutionis tempore. Ipſa rei veritas & euidentia eos coegit fateri, quod naſcatur ex contractu : ſed præſtrinxit rurſus oculos, quod JCtus in *d. l. 9. §. 3.* eſſe ſolutam pecuniam requirit, vt actio naſcatur. Non potuerunt ſe extricare, & eo redigi ſe paſſi ſunt, vt dicerent contradictoria, & quæ vna & ſimul conſiſtere nequeunt. Et qui enim fieri poteſt, vt nata nec tamen orta ſit actio? vt naſcatur ex contractu, & oriatur demum longo forte poſt tempore, ſoluta pecunia. Quin directiſſimè contradicit ſibi Neguſ. dum ait, naſci ex contractu, nec tamen naſci, antequam ſoluatur pecunia : quod quidẽ monſtrum eſt : cum vtique per ſolutionem nihil addatur perfectioni contractus, imo ſolutio à contractu pignoratitia remota ſit. Eiuſdem farinæ eſt, quod ex gl. Bart. & alijs ait, naſci hodie actionem cum ſoluitur pecunia, ſed ex materia antiqua : ſed reſpondendum eſt exemplis, quibus Neguſ. poſt Dd. iſtas propoſitiones tueri conatur. Vnum eſt de mutuo, quod conualeſcere dicunt (vbi pecunia numerata aliena fuit) per conſumpſitionem : iuxta *l. rogaſti 11. §. vlt cum 2. ll. ſeqq. d. reb. cred.* Et putant enim hic naſci actionem ex conſumptione, & tamen ex materia veteris contractus. Reſpondeo: præterquam quod non deſunt, qui negant pecuniam peti poſſe per condictionem certi ex mutuo, ſed putant neceſſariam eſſe condictionem ſine cauſa; exemplum quoque iſtud eſt diſſimile. Etenim hoc eſt mutuo eſſentiale, vt neceſſum ſit, pecuniam fieri accipientis: adeo quidẽ, vt ſi nummi interuenerint alieni, nec fideiuſſor datus obligetur *l. ſi quis 56. §. 2. d. fideiuſſorib.* Et cum igitur non contrahatur hoc caſu mutuum, mirum non eſt eſt, ſi ab initio,

Digitized by Google

tio, cum contractus ſit nullus, non naſcitur actio, ſed eo demum tempore quo conſumpta eſt pecunia, poſtquam, vt loquuntur, conciliatum eſt mutuum: ex quo ipſo apparet, non demum dici naſci actionem, cum in iudicium in actum deduci poteſt: Quod ſi quis, retro mutuum hic confirmari putet & probet, ego quoque retro actionem pro nata haberi defendam. Alterum exemplum eſt de actione tutelæ: & Neguſantius enim hanc demum tutela finita naſci ait, ſed ex materia præcedente, & nimirum ex adminiſtratione tutelæ. Sed, ne multis agam, ea ſententia falſa eſt: naſcitur enim hæc actio ſtatim vbi tutela adminiſtrari eſt cœpta, ſed finita tutela demum exercetur. Nec quemquam moueat, quod ſi tutor bona fide negotia adminiſtrauerit, non moueatur actio: in his enim terminis nec finita tutela actioni locus eſt. Et ſatis eſt, quod agendi ius initio naſcitur, & ad reddendas rationes protinus tutor obligatur; vtcunq; nulla vmquam actio inſtituatur: & plerunq; in alijs caſibus, ſi quis ipſe ex bona fide interpellatus ſatisfaciat, nulla actione opus eſt, licet ſane nemo impedire poſſit, quo minus alter ſed ſuo periculo, & ſub pœnis temere litigantium moueat actionem. Tertium exemplum Neguſantij eſt de actione dotis, quod ea (nimirum extra caſum quo maritus ſoluendo non eſt) naſcatur demum ſoluto matrimonio; ſed ex materia veteri & ex contractu dotis, qui per rei traditionem conſtituitur. Sed non minus hanc ſententiam falſam eſſe, & protinus vbi contractus dotis celebratus eſt, ius agendi natum eſſe dico, ſed quod minus appareat, propter ius, quod durante matrimonio in dote maritus habet. Ergo vt denique concludam, cum contractus pignoratitius per traditionem perficiatur, ita vt nihil ad eius eſſentiam & conſtitutionem deſit, (ponimus autem perſonas cõtrahentes habiles, & alia requiſita interceſſiſſe,) protinus vbi abſolutus eſt contractus, naſci actionem pignoratitiam, conſequitur, licet demum pignore liberato recte in iudicium deducatur.

CAPVT XVII.

Amplius de natura pignoratitiæ actionis, & quadam circa id ampliationes.

1. *Actio pignoratitia competit, aliquando, vbi nulla fuit obligatio.*
2. *An pignoratitia actio concurrat cum rei vindicatione.*

DIximus, ex contractu pignoratitio naſci actionem: Actio quæuis

tamquam effectus præſupponit cauſam, contractum & vt generalius dicam, conuentionem: quæ ſi, & ſi eſſentia eius deficit, nec poteſt actio contractus locum habere. Ita quidem regulariter obtinet: Et hinc eſt quod diximus *cap. præc.* ſi pupillus pignus acceperit, quoniam non ritè contractum eſt pignus, ceſſare actionem pignoratitiam. Ita inquam regulariter obtinet. Sed, vt laxior ſit agendi copia, aut quia
1 etiã actiones contractuum ſunt vtiliores, admiſſæ illæ ſunt aliquãdo, vbi contractus perfectus non fuit, ſed vbi res etiam in nudis terminis tractatus ferè tantum ſterit, aut alias etiam reuera nullus fuit contractus: & tamen intentio æque fuit, & non nuda intentio ſed quæ ad actum peruenit, & aliquid aliud obſtitit, quo minus contractus perfectus eſſet: aut talis actus fuit, qui ex euentu verus contractus factus fuiſſet: aut denique aliquid ſimile cum contractu id negotium habet ad quod actio contractus porrigitur. Id exemplis in terminis huius actionis pignoratitiæ oſtendimus, quæ reuera ſunt ampliationes, quibus præter ordinariam rationem videtur hæc actio locum habere.

Et primo ampliationis loco eſt, quod ſi pignus datum ſit ſpe ſecuturæ numerationis, & pecunia numerata non fuerit *l. ſolutum* 11. §. *ſi quaſi* 2. *d. pign. act.* vbi tamen reuera nulla obligatio principalis fuit: vt appareat hoc ſufficere, quod intentio contrahendi principalem obligationem, adfuit: & forte tamen hoc caſu vindicare quoque debitor rem poterit: de quo plura in ſeqq. Deinde & ſecundo, cum conſtet deficiente conditione perinde haberi ac ſi nihil actum ſit, attamen nihilominus ſi conditio deficiat, ſub qua pignus contractum fuit, pignoratitia actio datur *d. l.* 11. §. 2. cum nulla tamen vmquam contracta fuerit obligatio: ſaltem qua obligatio exiſtere potuit, & quia ei fini res data, vt in euentum exiſtentes conditiones pignori eſſet: quamuis in ſpecie *d. l.* 11. §. 2. videatur cõditio adiecta fuiſſe principali obligationi; non enim ait JCtus defeciſſe conditionem, *ſub qua* pignus contractum fuit, ſed *ob quã*. Nec diſſimilis caſus eſt in *l.* 2. *C. d. pact. pign.* vbi emptori cui controuerſia de euictione mota erat, alius fundus pignori obligatus & traditus fuit, hac conditione, vt ſi euictor vinceret in iudicio, fundum iſtũ rurſus obtineret venditor; deficiente cauſa obligationis, poſtquã euictor abſolutus fuit, fundus eſt reſtituendus *d. l.* 2. & vt videtur, agenti pignoratitia actione: quãuis ſane hic fuiſſe obligatio videtur, cui recte acceſſit pignus: ſiquidem venditor iuxta naturã venditionis de euictione obligatur: vt propterea nihil neceſſe ſit, vt cũ Acc.

ad

ad *d.l.2.* recurramus ad actionẽ præſcriptis verbis: cum & amplius videri poſſit pignus ibi contractum ſub conditione reſolutiua: in quibus terminis cũ vtiq; actus ſemel ſubſtituit facilius eſt dari actionẽ contractus. facilius autem vbi fuit conditio ſuſpenſiua: ſed & hoc tamẽ caſu, & quo numquã obligatio exſtitit, locum eſſe pignoratitiæ actioni, ex *d.l.* §.2.*d.pign.act.* probatur: quod & ideo conſtitutum ita videtur, quoniam cui ſub conditione pignus nexum eſt, potior & prior eſt ſi exiſtat conditio; omnibus illis, qui poſt ipſum & ante exiſtentem conditionem pignori eandem rem acceperunt: quæ conditio adeo cum retrotrahatur, licet ea deficiat, tamen actus nõ omnino pro nullo habẽdus fuit. Nihil porrò intereſt, an deficiat conditio ſimpliciter, an quo ad illum qui pignus accepit, quamuis aliàs exſiſtat in vtilitatem alterius, quæ ſpecies eſt *l. ſi legati* 28. *d. pignorib.* quam hic obiter explicabimus. Quod ſub conditione filiusfam. ſtipulatur, adquiritur patri, licet conditionis exſiſtentis tempore filius ſit emancipatus *l. ſi filiusfam.* 78. *d. V. O.* ſecus eſt in legato conditionali, quod legatum filiofam. ſi interim emancipatus ſit antequam conditio exiſtat, ipſe adquiritur. *l. ſi vſusfr.* 14. *quãd. dies leg. ced. l. quæ legata* 18. *d. R.I.* Atq; hinc pendet deciſio *d. l.* 28. *d pignorib.* quod ſi pater ab hærede pro conditionali legato, quod filiofam. relictum erat, pignus acceperit, exiſtente conditione, poſtquam filiusfamil. fuit emancipatus, nec pater poſſit, nec filius perſequi pignus: non ille, quoniam iam non poteſt perſequi legatum, propter quod pignus accepit: non hic, quia per patrẽ filio non adquiritur, & præterea cenſetur pater in eam cauſam pignus accepiſſe, quæ ipſum ſpectabat, & in eum caſum, quo legatum ipſi adquiſitum fuiſſet: nimirum, quo conditio filio ad hoc in poteſtate fuiſſet exſtitura: idq; eſt, ꝙ ait JC. & tempore præterito nihil iuris in pignore filium habere poſſe. Sed vt ad rẽ redeamus, his caſibus, quib. cõtractus nullus reuera fuit, & tamẽ intentio cõtrahendi & tractatus, aut cõtractus cõditione ſuſpẽſus, licet pignoratitia actio, vt diximus, detur, tamẽ & vindicationi ſi debitor ea vti malit, locus eſſe videtur. Crediderit quis fortaſſis id carere ratione dubitãdi, & vtrumq; pignus legitimè cõtrarium ſit, tamẽ debitorẽ vtpote dominũ, poſſe vti vindicatiõe cõtra quẽcunq;, & ita etiã cõtra creditorẽ. Sed non deeſt, ꝙ pro ratione dubitandi adferatur: nimirum illud ipſum, ꝙ diſputaui ad Treutl. *d. rei vind.* ꝙ non videatur vindicatio danda contra depoſitarium aut commodatarium qua tales; Eadem enim ratio eſt creditoris. Dico, non dandam videri

contra iſtos,quà tales.Etenim ſi ſibi poſſidere incipiant,& ita animum habeant poſſeſſionem & rem domino interuertendi,non dubium eſt quin tum hac actione teneantur, cum iam nec amplius habeant qualitatem priſtinam.Neq; obſtat *l.officium 9.d.rei vindic.* quia loquitur de danda rei vindicatione. Tertio : at verò ego diſputo, non poſſe dari ipſis deponenti aut commodanti : itaque dixi, non teneri qua tales, nam reſpectu tertij qui ſibi rei adſerit dominium, qualitatem iſtam depoſitarij aut commodatarij non habent. Et ſanè actio in rem non poteſt fundari niſi contra eum, qui controuerſiam mouet ipſius rei domino petitori,aut ſuper dominio aut ſuper poſſeſſione : itaque iure veteri poſſeſſor, qui conueniebatur rei vindicatione,contra vindicaте & rem ſibi adſerere ſolebat. Atquin depoſitarius v.c. qua talis nullam plane controuerſiam aut poſſeſſionis aut dominij mouet deponenti : Et formula igitur ordinaria huius actionis, *Aio rem meam eſſe*, fuerit inepta. quippe cui reus non contradicit,ſed fortè ſaltem expenſarum obiicit exceptionem. Et portò idem eſt in commodatario,qui ſi excipiat vſum nondum eſſe finitum, & id probet,ſanè inepta erit vindicatio,quam iſta exceptio nō oppugnat : nec vnquam cum tali exceptione actionem in rem dabit prætor. Quod ſi vſum finitum eſſe Reus conuentus,& ſe quoque fatetur eſſe commodatarium:non modo rei vindicatio, ſed & quæuis actio contra ipſum ſuperuacua erit vtiq; autem erit inepta. Eademque creditoris ratio eſt. Quamuis hæc ita diſputari recte videantur, tamen contraria opinio & quod contra creditorem etiam ex cauſa pignoris & pro eius reſtitutione detur debitori vindicatio, communiſſime probata, & ita liquida habetur, vt vix ſit, qui dubitet : & eum pro tale proponit *Neguſant.p.7.m.3.n.12.* quamuis fruſtra pro ea adducat *d.l.officium 9.d.rei vindic.* quæ,vt paulò ante diximus,non eſt de caſu quo ipſe v.c. deponens aut commodans, ſed tertius mouet actionem in rem : rurſus fruſtra adducit *l.ſi dom.9. C.d.pignor.* quę non ipſi debitori,ſed ei qui rem à debitore emit,vindicationem proponit : nec magis facit *l.9. Cod.eod.* Cum enim ibi longi temporis præſcriptionem obtenderit creditor, apparet negatum fuiſſe pignoris qualitatem.& eum non amplius pro creditore,ſed pro domino geſſiſſe,vt proinde vindicatio omnino fuerit neceſſaria. Magis facit *l.debitor 40.in pr.d.pignor.action.* in illa alternatiua, *& pignus petat aut dominium vindicet :* quamuis & hic reſponderi poſſit, quod propter titulo tenus interuenientem vindicationē, licet iure inualidam, in cre-

Digitized by Google

in creditore poſſit videri titulus aliquis, ob quem mutata ſit qualitas creditoris,& rei vendicatio fundetur. Magis adhuc facit *l.1. C. ſi pign. com. num. iunct. l.11.§.2. de pign. act.* qui textus probant eodem caſu & pignoratitiæ & in rem actioni eſſe locum. Poſſit quis dicere ſpeciale eſſe in caſu,quo nulla obligatio fuit: ſed tamen & hic militant eadem quæ paulo ante diſputaui. Et videtur ieiuna eſſe quæſtio. Quod ſi enim creditor aut commodatarius parati ſint reſtituere rem, fruſtra quæritur de actione. Quod ſi quacunq; de cauſa eam reſtituere nolint, non videtur impediri poſſe v. c. debitor,idemq; dominus, quominus in rem agat, & pro detentore improbo creditorem habeat, cuius hoc modo prætenſiones & allegationes improbas & falſas eſſe dicat. Et facit hic, quod ſoluta pecunia creditoris qualitas eſt ſublata: & cur non igitur actione in rem poſſit conueniri? Et, ſi iſti actioni locus eſt,vbi obligatio initio nulla fuit *l.1.C. ſi pign. com. num.* quo eodem caſu competit pignoratitia actio *l.11. §.2. de pign. act.* quid ni actioni eidem locus ſit, vbi obligatio quæ fuit, eſt finita. Et quod in rem actio detur in depoſitarium, probatur ex *l. ſi ventri 24. §. in bonis verſ. ſi tamen de reb. aut iud. part.* vbi dicitur, depoſitarium poſſe vindicare nummos depoſitos: niſi ſpeciale quis forte eſſe dixerit,in creditorum concurſu: Sane pro concurſu probando non multum facit *l.1. in fin. C. depoſiti:* quoniam cum eo loco proponatur heres dolo poſſidere deſiiſſe, commodiſſime intelligitur actio in rem dari contra tertium poſſeſſorem. Sed iam è diuerticulo in viam redeamus. Diximus quod actio pignoratitia etiam competat, vbi ab initio reuera nulla obligatio fuit: & forte vel ideo facilius, quod obligatio pignoris ſeparata eſt & ſeorſim quoque conſiſtere ita videtur, vt fundari poſſit actio licet, vt in *pr. l.11. §.2. de pign. act.* pecunia, cuius ſpe pignus datum eſt, poſtea non fuerit numerata: ſed ſane tractatus ipſe ſuper obligatione & contractu ſufficere viſus eſt, licet non fuerit abſolutus & perfectus, quod & notat *Neguſ. p.7. m.2. n.8.* Et huc etiam videtur referendus caſus *l. is qui. 33. de pignor.* vbi qui pignori rem dedit ei qui tantum adiectus erat ſolutionis cauſa, (& hic non recte accipit pignus) ſtatim,licet pecuniam non ſoluerit, pignus recipere poteſt, quia nulliter contractum eſt: & puto intelligi ibi pignoratitiam actionem. Fruſtra autem (vt hoc obiter addam) contra ſententiam d. l.33. obiicit Gothofr. quod retentio pignoris competat, ſi quod licet inutiliter promiſſum ſit ex *l. 4. C. de vſuris.* Etenim promiſſio quidem in terminis *d. l.33.* vtilis eſt, ſed

tamen ipſi adiecto nihil prorſus, & nec quidem naturaliter debetur.

Capvt XVIII.

Aliæ ampliationes, & an in terminis hypothecæ aut prætorij pignoris ſit locus iſti actioni.

De pignoratitia contraria actione diximus ſupra *lib. 3.* & retulimus ſententiam Bartoli, *in l. ſi tibi* 17. §. *de pignore de pactis.* quod iſta etiam detur, licet res tradita non fuerit, cui opinioni quid tribuendum ſit ibi tractauimus. Sed pignoratitiam directam non competere niſi ſi res tradita ſit, conſentiunt omnes, & facit ipſa ratio, cum pro reſtitutione rei, & ex aliis cauſis iſta actio competat, quæ niſi præſuppoſita rei traditione non poſſunt habere locum. Et igitur ſi ponamus terminos hypothecæ in ſpecie dictæ, qua talis, non poteſt iſta actio competere: ſed vt quæſtioni ſit locus, ponendum eſt quod creditor poſtea per actionem hypothecariam poſſeſſionem rei fuerit conſecutus. Ratio dubitandi eſt, quod actio pignoratia directa naſcitur ex contractu reali, qui nullus eſt, vtcunq; poſtmodum ex condemnatione, præſertim à tertio poſſeſſore creditor hypothecatam rem fuerit adeptus: & hoc enim ſolum non poteſt inducere contractum realem, qui nec fingi poteſt, deficiente debitoris conſenſu. Sed in contrarium mouet, quod eadem ratio eſſe videtur, ſiue ab initio res tradita creditori fuerit, ſiue poſtea ad eum peruenerit: ſiquidem & hoc caſu ſoluto debito res reſtituenda eſt debitori. Poterit ille quidem rem vindicare, ſed pignoratitia quæ bonæ fidei eſt, in multis poteſt eſſe vtiliter: Et cum vbi nulla ab initio fuit obligatio, cum rei vindicatione concurrat pignoratitia, quid ni & hic concurrat? porrò ſi creditor vendiderit hypothecam, & quid fraudulenter admiſerit, aut quid vltra debitum apud ipſum ex pretio ſuperſit, locus vendicationi eſſe ad hoc non poſſit, ſed actio pignoratitia neceſſaria erit: nec dubito, quin ea ſit communiſſima. Interpretum ſententia, quam & refert probatque *Neguzant. p. 7. m. 1. n. 2. in fin. & Bartolus in d. l.* 17. §. *de pignore de pact.* pro ea adducit text. bonum *in l. vtique* 34. *de damn. inf.* vbi ſi locator retinuerit res quas inquilinus inuexit (vtique non tradi-

tradidit) dicitur competere actio pignoratitia. Et ſane poſtquam hypothecatæ rei poſſeſsionem eſt conſecutus creditor, ea res iam incipit induere naturam pignoris, & vt Dd. loquuntur, ea tranſit in pignus, vt hactenus perinde habendum ſit ac ſi res ab initio ab ipſo debitore creditori tradita fuiſſet. Et cum infinitis pene locis circa varias præſtationes, & inprimis in terminis venditi pignoris, de pignoratitia actione tractetur, vix imo non poſſunt ea loca omnia reſtringi ad caſum, quo ab initio ex conuentione res tradita eſt creditori. Et pro hac ſententia adduci poteſt & *l.2. de pign.* vbi hypothecæ & pignoris diſiunctiuè fit mentio, & vtrobique actioni pignoratitiæ locum eſſe, probatur. Facit *l. ſi creditor 7. in pr. de diſtr. pign.* in qua procul dubio tractatur de actione pignoratitia danda in creditorem, qui pignora vel hypothecas vendidit. Iuuat etiam *l. qui ratiatio 30. de pign. act.* nec enim aliud periculum intelligi videtur, quam quod pręſtat creditor, conuentus pignoratitia actione, & qui propria autoritate rem occupauit. Et quod paulo ante diximus ex *l. vtiq. 34. de dam. inf.* confirmatur per *l. ſolutum 11. §. ſolutam 5. de pign. action.* quæ aperte probat quod contra locatoré, qui res illatas detinet, detur actio pignoratitia. Eſt aliquid quidem hic ſpeciale, quod res inuehuntur in domum locatoris quam ipſe poſsidet: ſed vtiq; tamen res non ſunt traditæ locatori, & ſupra *lib.3.* probauimus, quod res illatas locator non poſsideat: itaq; ſunt res iſtæ, hypothecæ in ſpecie dictæ, obligatæ. Hæc de hypotheca.

Quæritur etiam an ex cauſa prætorij pignoris detur actio pignoratitia: ſi debitor in cuius latitantis bona ex primo decreto creditores miſsi ſunt, compareat & offerat defenſionem, (quo modo ſoluitur iſtud pignus) an pro reſtituendis rebus, aut forte ob damnum datum agere pignoratitia poſsit. Quod ex rationibus præced. quæſt. adductis adfirmandum videtur: & adfirmat id *Bart. in l.1. de pign. act. n.5.* vbi tamen pignoratitiam vtilem proponit. quæ & ſententia eſt *Cyni Saliceti & aliorum in l.2. C. de præt. pign.* & eorum quos refert & ſequitur *Neguz. p.3. m.2. n.29. & ſeqq. & p.7. m.3. num.11.* & probatur *ex l.5. §. quæri 21. de pign. act.* vbi datur vtilis actio, exemplo, vt ait JCtus pignoratitiæ actionis: quoniam ſcilicet omnino hic deficit conuentio, quæ facit vt in quæſt. præc. facilius ſit locus pignoratitiæ actioni. Nihil autem facit textus quem adducit *Neguz. ex l. vtique 34. de dam. inf.* quæ de iniuriis illatis, non de prætorio

Digitized by Google

pignore loquitur: & adhuc minus *l. ſi pecuniam* 33. *de pign. act.* quæ loquitur de pignore antichretico; vt appareat hoc eſſe ex craſſo illo errore quem *lib.*1. notauimus, quo *Br. & alij in l.* 11. *de pign.* legunt *antiphoriam* & explicant de miſſione in poſſeſſionem. Quod ſi quis accuratius diſputare velit, dixerit ille, non actioni pignoratitiæ eſſe locum ſed actioni in factum, per *d. l.* 5. §. 21. *vt in poſſ. leg.* neque enim ibi JCtus pignoratitiam vtilem dari dicit, ſed, actionem vtilem exemplo pignoratitiæ actionis quod de actione in factum (nam & hæ ſæpe vtiles appellantur) recte explicatur. Quo facit, quod in his terminis de quibus quæritur, actio in factum proponitur *in l. præter* 9. *in pr. de bon. aut iud. poßid.* & cum actiones prætoriæ in factum, (ex quarum numero eſt quæ proponitur in *d. l.* 9.) ſint prorſus ſubſidiariæ, vix eſt vt alterius actionis concurſus admitti poſſit. Nec eſt quod alias actiones quæramus, cum ex *d. l* 9 appareat, prætorem, qui ex primo decreto in poſſeſſionem mittit, ipſo edicto ſuo, vtrimque & debitori & creditori actionem in factum dediſſe. Quod ſi vtiq; quis pignoratitiam actionem vtilem locum habere putet, illud admitterē vtique debebit, quod ea actio ſit danda cum qualitate actionis in factum de qua in *d. l.* 9. & in quam tantum dolus non etiam culpa venit (ſc. leuis) *d. l.* 9. §. *eſt præterea* 5. *de reb. aut iud. poßid.* vbi diſerte creditor in poſſeſsionem miſſus, ab alio creditore, qui ex conuentione pignus habet, & quem in plus teneri æquum eſt, ſeparatur. Et ſimile exemplum eſt in *l.* 2. *de pignorib.* vbi mandati actio datur contra fideiuſſorem, qui pignora ſuſcepit, ita vt eo judicio æſtimetur culpa quomodo fuiſſet æſtimata in iudicio pignoratitio quod datur contra creditorem: ne deterior fiat conditio debitoris: ſiquidem in actionem pignoratitiam contra creditorem plus venit, quam in actione mandati contra fideiuſſorem, in quo hoc ſpeciale eſt, vt non niſi ob latam culpam ſoleat teneri, vtcunque alij mandatarij, vt communis habet ſententia etiam ob leuiſsimam culpam teneantur, de quo alibi tractatur. Addo denique, quod etiam ex cauſa pignoris antichretici detur actio pignoratitia *l. ſi pecuniam* 33. *de pign. act.* de qua ſpecie egimus *lib.*1. & an hypothecaria actio competat, *diximus lib.*3.

Caput

Digitized by Google

CAPVT XIX.

Alia quædam de qualitate & natura actionis pignoratitiæ.

1. *Actio hac an detur contra tertium.*
2. *An contra creditorem creditoris.*
3. *Ad l.40.§.vlt de pign.act.*
4. *Distinctio huius actionis in directam & vtilem.*
5. *Quid ſi res aliena pignorata fuerit.*

FVndamentum huius actionis eſt in ipſo contractu reali, ex quo naſcitur actio iſta:Itaq; eum qui hac experitur,oportet probare, rem pignori datam eſſe. Hæc enim eſt vera & germana actio pignoratitia: illa vero aliquantum degenerat, quæ competit in terminis hypothecæ,cuius poſſeſſionem aliunde creditor adeptus eſt,de qua paulo ante diximus.Hoc itaq; probato,quod res pignori obligata fuerit, & quod iam ſublatum ſit vinculum pignoris obtinebit in iudicio debitor:Quę ratio probandi ſit, locis ex aliis petendum eſt: vtique non eſt neceſſe, vt vel inſtrumentum deſuper fiat, vel vt in inſtrumento, quod ſuper obligatione principali factum eſt, pignoris mentio facta ſit, quæ eſt ſententia *l.ſi vxor.12. C.de pign.* non vero ea quam Gothofr. annotauit, quod pignoratitia actio competat & contra hæredes,licet eorum mẽtio non ſit in inſtrumento facta. Verum id quidem eſt,ſed ex illo loco non probatur:Conſtat porro hanc actionem eſſe perſonalem: nam & eo caſu quo datur contra creditorem qui rem aliunde conſecutus eſt, eo colore datur,ac ſi res ab ipſo debitore tradita fuiſſet. Et quoniam igitur ex contractu deſcendit, oportet,vt mere ſit perſonalis: licet non defuerint,qui iſtam actionem putarent eſſe in rem ſcriptam, cuius opinionis meminit *Neguſ.p.7.m.2.n.2.* quam ille tamen recte improbat, & mere perſonalem actionem iſtam eſſe reſpondet *per l fin.Cod.d.diſtr. pign.* & ex hoc fundamento contra fideiuſſorem dari negat: quod tamen mox Ibid.ſibi contrarius, admittit; ſed male:& quod enim non detur contra fideiuſſorem probatur ex *l. 2.de pign.* quæ ideo mandati proponit actionem quoniam natura actionis pignoratitiæ non fert,vt illa in fideiuſſorem porrigatur:& de eadem mandati actione,recte accipitur *l.fideiuſſor 26.in pr.de pign.* Neque obſtat,quod dicitur in *l.cum ſe-*

Digitized by Google

cundus 5. § *d. diſtr. pign.* quod etiam fideiuſſori, qui pignora ſuſcepit, poſſit offerri, quoniam inde, quod contra eum pignoratitia actio detur, non conſequitur: & agitur ibi de fideiuſſore, qui titulo emptionis pignora ſuſcepit, qui opponitur extraneo emptori cui offerre non poteſt. Quod ſi igitur non datur contra fideiuſſorẽ quanto minus cõtra alium tertium poſſeſſorem hæc actio competet? Quod rurſus limitat Neguz. d. loco & exceptionem admittit in creditore creditoris cui creditor meus rem à me acceptam pignore dedit, per *cap. cũ contra. ext. d. pignor.* eiuſque limitationis hanc reddit rationem, quod ſecundus creditor in locum prioris quodammodo ſubrogetur. Verum quãquã aliqua ſubrogatio his concedi poſſit, tamen ea non eiuſmodi eſſe videtur, vt propterea perſonalis actio contra eum porrigi poſſit, cum quo vtiq; primus debitor nihil contraxit. Et quidem in *d. cap.* proponitur primus debitor egiſſe contra ſecundum creditorem, ſed non exprimitur genus actionis, & præterea ius canonicum & eius autores vt plurimum opiniones Interpretum ſunt ſecuti. Neq; ſequitur, ſi primus debitor ſoluendo pecuniã liberat pignus, quod propterea agere pignoratitia poſſit contra creditorem ſecundum: neq; quod id poſſit probatur ex *l. debit.* 40. § *vlt. d. pign. act.* Et amplius non dubitem quin primus debitor ſecundo creditori poſſit ſoluere pecuniam, & liberet ita pign⁹, ſi modo ſoluat, quantum ipſe debet *l.* 11. § 5. *de pign act. l.* 1. *&* 2. *C. ſi pign. pign.* ſed nec hinc inferri poteſt, quod contra ſecundum creditorẽ etiã pignoratitia agere poſſit. Et mala fide agit Neguzant. qui *d. loco n.* 4. pro hac ſententia, quod pignoratitia actio primo debitori contra ſecundũ creditorẽ detur, citat Bart. Salic. & Caſtr. in *l. petenti* 27. *& in d. l. debitor.* 40. *vlt. d pign. act.* quod illi ne verbulo affirmant: imo cum ſimpliciter proponant actionem datam contra primum creditorem, argumento eſt, quod contra ſecundum eam dari non putent. Et ita Caſtrenſis ſcribit ad *d.* § *vlt.* quod debitor primus cũ creditori ſuo ſoluiſſet, petierit,
3 cum ageret pignoratitia, vt non tantum pignus reſtitueret ſed etiam liberaret à ſuo creditore, ne ille forte poſtea iure pignoris rem ſibi auferret. Et hanc fuiſſe ait rationem dubitandi. Sed contra reſpondiſſe ICtum, ſufficere, vt creditor primus reſtituat pignus, nec ad aliquid aliud obligari nec habere debitorem primum. Quod metuat ſiquidem per ſolutionẽ à ſe factum totũ ius pignoris. quod etiam ſecundus creditor in eo habuit, ſit ſublatum, adeoq; hũc nec retentionem ſi res ad eũ peruenerit, nec perſecutionem habere poſſe. Quæ ſane arguunt, actio-

pignora-

pignoratitiam contra primum creditorem in *d. l.* 40. §. *vlt.* proponi. Quod ſi forte ſecundus creditor rem reſtituere nolit primo creditori, ſane veniet hoc in actionem pignoratitiam contra creditorem primũ, qui ſi rem reſtituere non poſſit, hoc ipſo nomine cõdemnabitur: prorſus, cum & retentio ſecundo creditori negetur, proculdubio primus debitor ſoluta pecunia actionem in rem contra ſecundum creditorẽ habebit. Et ꝙ actio pignoratitia contra ſecundũ creditorẽ non detur, probatur quoq; *arg. l. petenti* 27. *de pign. act.* vbi debitor qui rẽ dedit creditori ſuo, vt eã pignoraret nõ poteſt agere cõtra creditorẽ ſecundũ; in q̃ rẽ etiã poteſt citari textus *in d. l.* 11. §. 5. *de pign. act.* vbi cõductor ſecũd', qui conduxit cœnaculũ in Titio, q totas ædes cõduxerat à Caio, ſi mercedẽ ſoluerit primo locatori Caio, pignoratitia actione experitur contra Titiũ, quãuis non difficulter hic pro Neguz. reſponderi poſſit: ꝙ ibi Titius ſecundus locator videatur res detinere, contra quẽ adeo ſit neceſſaria actio pignoratitia, nõ a. ꝙ negetur poſitis terminis habilib. ea actio contra locatorẽ primũ. Veruntamen cum certum ſit iſtam actionẽ eſſe mere perſonalem, nec quidquã vrgeat, cur illã demus contra ſecundũ creditorem, tutius ſtabimus regulæ iuris, quæ actionem ex contractu mere perſonalẽ tantũ cõcedit contra eum, cũ quo cõtractũ eſt: quãuis vt maxime in terminis *d. l.* 11. §. 5. contra primum locatorem detur pignoratitia, id tamen nihil iuuerit Neguzantij opinionẽ: ſiquidem ſpecialis ibi ratio eſt, quod res illatæ etiam primo locatori tacite obligatæ eſſe per inferentem intelliguntur. Plane Accurſius *in d. l.* 11. §. 5. diſerte negat pignoratitiam conductori ſecundo, contra primum locatorem vt proculdubio hæc ſit & cæterorum ſententia, à qua nec diſſentiunt quos, (& nullum præterea alium) vt ſupra dixi Neguzant. mala fide allegauit.

Pertinet quoque ad naturam iſtius actionis, quod alia eſt directa alia vtilis : quam quidem, vt ſupra diximus ex cauſa prætorij pignoris Bart. & alij competere ſtatuunt: ſit & vtilis pignoratitiæ mẽtio 4 *in l.* 5. *ſi res alien.* ex qua videtur probari, quod ſi res aliena pignori data fuerit, tantum pignoratitia vtilis habeat locum, vt maxime dominium poſtea ſuperuenerit debitori: de quo diximus *ſup. lib.* 2. *cap.* 4. In Seruiana quidem actione ita obtinet, ſed difficile eſt idem dicere in pignoratitia perſonali, cum paſſim etiã prædoni iſtã actionẽ dari legamus, & hactenus etiã rei alieno conſiſtat obligatio vtiq; vt creditor reſtituere rem debito ſoluto teneatur ad quem nihil pertinet quod res fuit aliena, per cuius traditionem etiam videtur recte conſtituti contra-

Digitized by Google

contractus: & quod res propria debitoris requiritur, videtur præcipue exigi propter actionem Seruianam, quæ datur contra tertium poſſeſſorem, cui iniquum alias ſit rem auferri, niſi creditor eam in bonis debitoris fuiſſe probaret. An forte id ita conſtitutum eſt, quod res propria requiritur, vt vere conſtituatur obligatio pignoris, qua de cauſa vt *lib*.3. oſtendimus, vt primum conſtat rem alienam eſſe quæ pignori data fuit, creditor contraria pignoratitia experiri poſſit.

Capvt XX.

De duratione actionis pignoratitiæ.

Actio pignoratitia vtpote perſonalis & ciuilis perpetua eſt: qua in re differt à Seruiana, quæ X. aut XX. annis vtpote actio realis excluditur per bonæ fidei poſſeſſorem, de quo ſup. diximus. Et hinc eſt, quod in *l. nec creditores* 10. *l. vlt. C. de pign. act.* negatur vllo longi temporis ſpatio excludi hæc actio: quomodo & paſſim de aliis actionibus perſonalibus Impp. loquuntur, anteriores nimirum: nam Theodoſius poſtea etiam perſonalibus ciuilibus actionibus metam XXX. annorum præſcripſit: cum quibus conſtitutionibus ſi quis coniungere velit *d. l.* 10. *& vlt.* & ſimiles, longum tempus in ſpecie pro X. & XX. annis accipere neceſſe habebit; quomodo & plurimis locis accipitur, & proculdubio accepit Tribonianus: vtcunque verba *d. l. vlt. nullo longi temporis ſpatio*, difficilius hanc explicationem admittant. Ergo per *l.* 3. *C. de præſcr.* 30. *ann.* in locum perpetui temporis ſubrogatum eſt tempus XXX. annorũ: quod hoc intuitu tẽpus perpetuũ appellat Iuſtin. *in pr. I. d. perp. & temp. action.* Et itaque hoc annorum ſpatio etiam finietur actio pignoratitia. Spatio iſto ſcilicet computando à tempore pignoris dati & contracti: quam ſententiam arbitror rationi iuris noſtri eſſe conuenientiorem, quamuis ſciam diſſentire pleroſque, ſed & in foro receptum & probatum eſſe, quod iuri luendi pignoris nullo tempore præſcribatur. Vnicum fundamentum (apello vnicum, cetera enim quæ afferunt, nullius ſunt pretij) eorum eſt, quod actioni necdum natæ vel quæ ſaltem ſub die differtur non poſſit præſcribi, & quod imo contra eam non currat præſcriptio *l.* 7. §. 4. *C. de præſcr. XXX. ann.* antequam autem ſoluta ſit pecunia, nondum eſſe natam hanc actionem *l.* 9. §. 3. *de pign. act.* Sed nos huic argum. ſatisfecimus *cap.* 15. *ſup. h lib.* & probaui-

probauimus, actionem natam eſſe, & quod in *d.l.9.§.3.* dicitur, & actionem efficaciter mouendam & in iudicium deducendam pertinere: quod confirmo *ex l.11.§ 3.de pign.act.* vbi dicitur, antequam ſoluatur pecunia, CESSARE hanc actionem: quod ſane verbum arguit ipſo iure natam eſſe actionem. Atq; ita accipio quod eſt in *d. l. 9. §. 3. de pign act.* ante ſolutionem non recte agi, quoniam antea inefficaciter agitur. Fateor equidem vt præſcriptio currat contra actionem, non ſufficere omnimodo & quomodocunq; eam natam eſſe, nam ſi obligatio diem certum habeat, natam actionem (licet multi diſſentiant) fateor, & tamen ante diem nō currit præſcriptio. *d.l.7.§.4.C.d.praeſcr.XXX ann.* Sed n. hoc ideo fit, quod ante diem ita agi non poteſt, vt ſi agatur ex iuris veteris ratione, actio amittatur: nec facere poteſt creditor, vt ante diē vtiliter agat. Alia vero ratio eſt actionis pignoratitiæ, in terminis contractus aut obligationis puræ, quæ nec condictionem neque diem habet, & quæ in iudicium quo minus deducatur, ſtat per ipſum debitorem. Conſtans eſt Dd. ſententia, quod impedimentum iuris impediat currere præſcriptionem, ſed non impedimentum facti, per notata *à Iaſone in §.rurſus Inſt.d.action.n.*24. vbi ita declarat regulam. Quod nō valenti agere non currat præſcriptio: ſi quis ſit impeditus impedimēto iuris: Quod ſi impedimentum ſit facti, etiam iuſtum, currere præſcriptionem, ſed ex cauſa dari reſtitutionem. Et nos non iam de reſtitutione, quæ diuerſa eſt quæſtio, ſed de curſu actionis & præſcriptionis quærimus: & vbi obligatio diem habet, actioni, vt iam diximus, obſtat impedimentum iuris: quominus autem debitor repetat pignus non niſi impedimentum facti obſtat, quod forte pecuniam non habet, quā alias ſi ſaltem offerat, protinus firmatur actio & efficaciter mouetur, quæ iam ſtatim ex contractu eſt nata: Et inauditum alias eſt, quod oblatio pecuniæ facere poſſit, vt actio naſcatur. Et huc facit, quod ex Dd. ſcribit Neguzant *p.6.m.2.numer.4.verſic.tertio facit.* in fortioribus terminis, actioni etiam non ortæ præſcribi, quando in poteſtate debitoris eſt vt oriatur, aut penes eum ſtat, quominus oriatur. Nec mouet, quod forte quis obiicere poſſit, pignus non ei fini dari, vt ſtatim repetatur, ſed vt aliquo tempore maneat penes creditorem, & proinde abſurdum videri, vt ſtatim à tempore contractus & pignoris dati præſcriptionem currere dicamus. Ita enim effeceris, quod nec actio ex mutuo aut commodato, &c. ſtatim naſcantur nec contra eas ſtatim currat præſcriptio: quoniam nec mutuum animo eo datur vt ſtatim re-

petatur, Et hanc ſententiam quam tueor, Neguzant. ait eſſe communem *p.* 5. *memb.* 3. licet *Gail.* 2. *obſ.* 18. negatiuam communem eſſe ex aliis ſcribat. Sed mirari quis poſſit, quomodo qui actionem ante ſolutionem natam eſſe negant, tamen præſcriptionem contra eam admittant cum vtique contra actionem non natam, præſcriptio currere non poſſit. Scilicet illi diſtinxerunt inter actionem pignoratitiam & ius offerendi: & illi negarunt præſcribi poſſe, ante oblationem aut ſolutionem: Sed huic dixerunt præſcribi, quoniam ſtatim à tempore contractus ius offerendi debitor habet: & quia negato iure offerendi, per conſequentiã negatur actio pignoratitia, huic quoq; XXX. ann. ita per conſequentiam præſcribi ſtatuerunt: & ita ex *Dd. Neguzant. p.* 6. *m.* 2. *num.* 19. ſcilicet viderunt vix euitari poſſe generalitatem textuum in *l.* 3. & 4. *Codic. de praſcr. XXX. ann.* & cum explicare recte non poſſent, quod ICtus ſcripſit, ſoluto debito naſci actionem pignoratitiam, ad hoc commentum confugerunt. Quod etiam (quia non intellexit quæ ſit vera natiuitas huius actionis) ſecutus eſt *Hunnius ad Treutl. de pignor. th.* 9. vbi actioni ante ſolutionem præſcribi poſſe negat: ſed tamen iuri offerendi præſcribi concedit: quo ſane nihil inſubtilius, imò ineptius eſt: vt poſita actione quam neceſſario conſequitur ius offerendi, tamen ius offerendi negetur. Illud vero miror quod d. loco te vlt, ſcribit Neguzant. licet poſt XXX. annos non poſſit debitor agere perſonali actione, tamen poſſe eum rem iure dominij vindicare; cum imo ex ratione iuris actioni in rem citius præſcribatur, & vtique *d. l.* 3. *Codic. de praſcr. XXX. ann.* & *l.* 1. §. 1. *C. d. ann. except.* ſimpliciter de omnibus actionibus, & nominatim etiam de realibus loquantur. Sed vtcunque iſta veriſſime meo iudicio diſputentur, tamen vt dixi contraria ſententia in foro recepta, & Cameræ Imperialis frequentioribus calculis adprobata eſt, teſte *Gailio lib* 2. *obſeru.* 18. quam opinionem cætera argumenta, quibus defenditur ſuſpectam facere deberent. Vnum eſt, quod poſſeſſor qui nec titulum nec bonam fidem habet, non poſſit præſcribere, creditorem autem talem eſſe. Sed nimirum ita obtinet in præſcriptione ordinaria, quam Iuſtinianus in locum vſucapionis ſubrogauit: at poſt XXX. annos nec de bona fide nec titulo amplius quæritur ſed poſſeſſor, aut quicunque tandem conuenitur, & in iudicium vocatur, communi temporis exceptione, qua actionem finitam certe dicit, defenditur: Et quod in tali præſcriptione non ſit opus titulo, & quod præterea poſt XXX. annos non ſit neceſſe allegare bonam

bonam fidem tradunt *Dd. weſemb. conſil. 5. nu. 25. & ſeqq. Grauett. de antiq. temp. p. 1. verſ. quæritur num. 41. & p. 4. verſ materia nu. 4. 17. c. 120. Vaſq. 2. illuſt. contr. 61. 70. 73. 76. & 81. Couarr. 95. & in cap. malæ fidei d. R. I. in VI. p. 2. 58. numer. 3. & idem 1. var. reſolut. 9. Alexand. vol. 2. conſ. 151. Balb. de præſcr. p. 2. part. tert. priora q. 6. numer.* 10. quæ ad materiam præſcriptionum pertinent: perſpicuum autem eſt, quod dixi ex *d. l. 3. 4. & 7. C. d. præſcr. 30. ann. l. 1. §. 1. C. d. ann. except.* quod ſola exceptio temporis defendat conuentum: cæteroquin nec commodati, nec deportati aut locati actio XXX. annis tolleretur, quod falſiſſimum eſt: Itaq; & inepta eſt argumentatio Cuiacij in *l. 13. durus & in parat. C. d. præſcr. 30. ann.* quod cum poſſeſſio creditoris ad vſucapionem proſit debitori *d. l. 13.* abſurdũ ſit, vt præſcriptio noceat debitori: Etenim alia quęſtio eſt de vſucapione aut præſcriptione in ſpecie dicta, & alia, de præſcriptione XXX. annorum quæ inducit communem exceptionem temporis. Nec minus ineptum eſt alterum argumentum, quod reb. meræ facultatis nõ perſcribatur: Neq; n. ad iſtũ effectum & ad negandã præſcriptionẽ poteſt pro re meræ facultatis habere agendi ius, quod ex conuentione deſcẽdit, vt recte reſpondent *weſemb. cõſ. 2. n. 94. Couarr. 1. reſolut. 9. n. 2.* aut ſi quis intelligat nudum factum agendi & mouendi actionẽ, fatebor illi nũquam pręſcribi. Sed nudũ illud factũ, ad effectũ obtinendi inutile erit, altero legitimis exceptionibus vtente. Et iure ciuili hanc ſententiam veriſſimã eſſe nõ dubito. Alia quæſtio eſt de iure Canonico. Sunt qui putant diſpoſitionem iuris Canonici iuxta quam poſſeſſor malæ fidei nullo tempore præſcribit, non pertinere ad præſcriptionem ſiue exceptionẽ quæ obiicitur actioni perſonali, & quæ præſcriptio cauſatur ex negligentia non petentis, *weſemb. conſ. 35. n. 31. Vaſq. 2. contr. ill. cap.* 76. Sed contra communis opinio obtinuit, de qua atteſtatur *Balb. de præſcr. part. 2. partis tertiæ princip. q.* 13. Itaque ſecundum hoc non ſimpliciter erit neganda præſcriptio ſed ſub diſtinctione, ſi conuentus reus forte hæres, fuerit in mala fide: Etenim diſpoſitionem iã dictam iuris Can. pertinere ad malam fidem proprie & vere talem, quæ hæreat in perſona ipſius conuenti, non per imputationẽ (qualis eſt defuncti quæ nocet hæredi) recte probat *Vaſq. 2. contr. ill. 73. nu. 9.* vbi nimirum tractatur de præſcriptione XXX. annorum, prorſus fauere debemus opinioni, quæ tandẽ ſecurum facit poſſeſſorem: & falſiſſimã puto ſententiã quam probat *Gail. 2. ob.* 18. quod nec ſtatuto poſſit induci ſimpliciter, vt pignoratitia actio firmatur XXX. annis quoniam ita foueretur pec-

catum. Scilicet Lex politica non poteſt inquirere in conſcientias hominum, neque vmquam prohibet vel poſt centũ annos rem reſtitui, ſi quis conſcius ſibi ſit, & ſciat rem ad alium pertinere: ſed tamen recte & ſine peccato boni publici cauſa terminum certum actionibus præſcribit: nec quiſquam temere dixerit, per *l.* 3. *&* 4. C. *d. præſcr. XXX. ann.* induci peccatum. Sed hæc ad iſtam quæſtionem plus ſatis.

Capvt XXI.

De his quæ veniunt in actionem pignoratitiam.

1. *Ad l.* 27. *de pign. act.*
2. *An creditor præciſe teneatur reſtituere.*
3. *Quam culpam præſtet creditor.*
4. *Cuſtodia quid ſignificet.*
5. *Datur hæc actio etiam pro re aliena.*

EXplicata natura huius actionis, ſequitur vt de eius præſtationibus, & ad quid ea competat, & quæ creditor ea conuentus præſtare teneatur, videamus. Principale eſt, vt res pignorata, ſoluto iam vinculo pignoris reſtituatur: de qua re ſunt textus in *l. vlt. C. d. luit pign. l. ſi nulla* 8. *l. penult. & vlt. Codic. de pignor. act. l.* 9. §. *vlt. & in l. debitor* 40. § *vlt. eod.* vbi dicitur quod ſufficiat reſtituere naturalem vel corporalem poſſeſſionem, id eſt, actualiter rem transferre in debitorẽ: & recte Salicet. improbat eos, qui per *d. l.* putant, quod creditor tantum naturalem non etiam ciuilem habeat poſſeſſionem: de quo diximus *ſup. lib.* 3. circa primum effectum pignoris. Et præterea quod in *d. l.* 40. §. *vlt.* dicitur ad hoc ſolum creditorem teneri vt reſtituat poſſeſſionem, non excludit, ꝙ non teneatur creditor ob intereſſe & ſi quid damni dederit, vt mox dicemus: Sed dicitur oppoſitiue ad illud quod ibi tractatur in terminis, quib. pignus acceptum creditor rurſus pignori dedit: & quod non teneatur creditor pignus liberare à ſuo creditore, per rationẽ ibidẽ additam & quam *cap.* 19. ex Caſtrenſi explicauimus. Huic autem ſententiæ (vt hæc addamus) non obſtat textus in *l. petenti* 27. *de pign. act.* in qua debitor, vt creditorem importunum petentem, id eſt, repetentem pecuniam mutuo datam, amoueret, rem aliquam non pignori dedit, ſed dedit vt ſub ea aliunde mutuam creditor pecuniam acciperet.

Itaque

Itaq́, cum ſit ea res nexa altero ex debitoris domini voluntate, non poteſt ea liberari, vtcunque poſtea debitor qui rem dedit pignorandam, quod ipſe debet, ſoluerit; neque adeo poteſt hic ſufficere, vt creditor primus ſaltem reſtituat poſſeſſionem, vt in *l.* 40. §. *vlt. eod. tit.* Sed neceſſe eſt vt creditor primus, & idem debitor ſecundus liberet rem à creditore ſuo, qui eam alias actione Seruiana ipſi etiam domino auferret. Et proinde hoc caſu debitor ſoluta pecunia contra creditorem ſuum non agit actione pignoratitia, quoniam rem non obligauit pignori, ſed vt ait JCtus in *d. l.* 27. actione propria, quod de actione præſcriptis interpretatur Accurſius (alij actionem commodati proponunt) vt rem obligatam & liberatam creditor reſtituat. Quod ſi rem penes ſe habeat, & nimirum mobilem, tenetur actione ad exhibendum, vt eam exhibitam debitor vindicare poſſit. Illud quæri 2
poſſit, ſi creditor rem ſibi pignoratam poſſideat & teneat, an præciſe ad reſtituendum teneatur. Tractari hoc ſolet in materia emptionis, an venditor præciſe tradere teneatur: Et eſt hic eadem ratio, imò maior, vt res debitori qui præſumitur dominus reſtituatur omnimodo à creditore, qui ſoluta pecunia nullum amplius ius in re pignorata habet. Et nos tamen ad *Treutl. de empt. vend. th.* 2. conati ſumus probare, quod ex nulla actione quis præciſe rem debitam præſtare teneatur. Verum vt forte id ita ex ratione iuris veteris defendi poſſit, vbique ſi principia iuris Iuſtinianei ſequamur, verior videbitur communis ſententia, quod omnino etiam ex cauſa venditionis ſit præſtanda res & tradenda. Late de hoc egimus in *exercit. noſtris ad Fabrum dec.* 87. Hoc ſaltem breuiter hic libet dicere, quod communis opinio duplici argumento confirmetur. Et primò quod vtiq; ex ratione iuris Iuſtinianei, iudex in ipſam rem petitam reum debet condemnare (an idem olim fuerit ante Iuſtinianum iam non diſputo) locum in *l. vlt. C. de fidei comm. libert.* iudicem etiam ſtultum appellat Iuſtinianus, qui in æſtimationem (idem eſt in eo quod intereſt vbi res certa & corpus petitum eſt) condemnat reum vbi ſpecies certa & corpus certum petitum eſt. Deinde quoniam rurſus ex iure Iuſtinianeo res in quam reus eſt condemnatus aut eam reſtituere iuſſus, militari quoq; manu, id eſt, magiſtratus imperio, contumaci reo auferri, & petenti victori reſtitui debet *l. qui reſtituere* 68. *de rei vendicat.* quod haud quidquam aduerſari rationi iuris, non vno loco contra A. Fabrum qui d. l. 68. corruptam putat à Triboniano probauimus. Itaq; quamuis hic ſi

creditor rem reſtituere nolit, ſit paratum debitori remedium, vt per iuramentum in litem (quod in actionibus bonæ fidei locum habere conſtat) rem æſtimet, & in eam æſtimationem reum condemnari faciat, ſi tamen ex cauſa rem habere malit, petitioni ipſius certe iudex indulgebit, & in rem ipſam reum condemnabit, & ab improbo creditore eam auferet: quod in rebus immobilibus expeditius procedit. Mobiles enim res facile occultantur, & corrumpuntur, vt hoc caſu creditoris condemnatio in rem ipſam, poſſit incommodior & minus vtilis eſſe debitori. Et omnino in eiuſmodi terminis, vbi res ipſa in condemnationem non poteſt deduci, de æſtimatione & eo quod intereſt quærendum eſt; aut ſi rem reſtituere paratus ſit creditor ſed ea deteriorata ſit, de æſtimatione deteriorationis, & an deterioratam rem velit aut teneatur, cum ſuppletione precij recipere debitor. Et vulgata eſt diſtinctio an deterioratio ſit grauior an leuior: vt illo caſu non teneatur rem recipere debitor actus, ſed ſolutam æſtimationem teneatur præſtare reus: ceteroquin ſi rem deterioratam forte per errorem acceperit debitor, communis eſt opinio, quod adhuc ſuperſit prior actio, vt pro ſuppletione pretij, aut etiam vt rem ipſam ſoluto pretio recipiat reus, agatur *arg. l. 3. §. 1. inf. Commodati: de qua re v. gloſſ. & Dd. in d. l. 3. §. 1. & in l. & eleganter. §. non ſolum de dolo & in l. exhibitionis C. ad exhibendum.* vt ad rem redeamus, ait JCtus in *l. 9. §. vlt. de pign. act.* quod debitor agens pignoratitia conſequatur & rem, & quod ſua intereſt: quod referendum erit, ad caſum, quo aliquid damni rei illatum eſt, veluti ſi rem deteriorauerit creditor, ſi forte ſeruum artibus antea inſtructum neglexerit, ſi fundum pignoratum non recte coluerit: ceteroquin ſi res ſit reddita integra ſine læſione, nihil eſt quod de intereſſe quæratur: Et talem vero rem, qualem accepit, reſtituere tenetur *l. creditor 7. C. de diſtr. pign.* quod ſi facere non poſſit, aut omnino rem præſtare non poſſit, & ipſe in in culpa ſit, & nomine tenetur & condemnatur, in quam rem ſunt textus *in d. l. 7. d. l. 9. §. vlt. & l. eleganter 24. §. vlt. de pign. act. l. 3. & l. ſi creditor 5. C. eodem.* Tenetur nimirum ſi quid eius culpa acciderit, quæ ſi abeſt, & citra eam res aut deteriorata ſit aut plane perierit, nihil id ad ipſum pertinet: & nihilominus quod ſibi debetur petit, & conuentus pignorat: actione abſoluitur *d. l. 15. C. de pign. act.* ex quo loco notandum eſt, onus probandi pertinere ad creditorem, quod rem amiſerit: & ex amiſſione culpa præſumitur, quam tamen à ſe iuſtis præſumptio-

nibus

nibus amoliri, & in debitorem onus probandi poterit transferre: nam & ſpecialis ratio eſt *d.l.5.* vbi debitor rem amiſſam eſſe negat, vt neceſſum ſit probare creditorem, quod res ſit amiſſa. Quo probato, & quod aut amiſſa res aut alias citra culpam ipſius corrupta aut deteriorata fuerit, nihil præſtat, cum non teneatur de naturali interitu aut fortuitis caſibus *l.5. 6. 8. & 9. C. de pign. act. l. vlt. in pr. & §.1. de eod. l. ſicut 19. ſeruo 25. C. de pignorib.* naturalis enim interitus ad dominum pertinet *d.l.9. C. de pign. act.* & cuius eſt commodum accedens, eius etiam eſt naturale ſiue fortuitum damnum & periculum *l. ſi inter 21. §.2. de pignorib.* Sed illud quæſtionis eſt, quam culpam (variæ enim eius ſpecies ſunt) præſtat creditor, & ex aduerſo, ad quam & quantam diligentiam obſtringatur. Et inprimis conſtat, quod præter dolum, ſub quo & culpa lata continetur, etiam teneatur de leui culpa, per *l. præter 9. §. eſt præterea 5. de reb. aut iud. poſſid. l. contractus 13. de R. I. §. vlt. Inſt. Quib. mod. re contr. oblig.* vbi ratio redditur quod pignus vtriusq; gratia contrahatur: in quibus terminis pro regula traditur, quod præſtetur dolus, lata & leuis culpa *l. ſi vt certo §. nunc videndum Commod.* vbi etiam nominatim ſub iſtam claſſem refertur contractus pignoris. Sunt tamen loca quibus videtur probari, quod creditor in pignore præſtet etiam, culpam leuiſſimam, & quod ad ſummum gradum diligentiæ obſtringatur. Et in *l. ſicut 19. C. de pign.* tantū videtur excludi ius maior: & (idq; magis vrget) dicitur, quod & cuſtodiam præſtet creditor præter culpam: per quam cum haud dubie intelligatur leuis, (nam ſub dolo lata continetur:) rationis eſt, vt per cuſtodiam aliquid amplius intelligatur, ne id verbum ſit otioſum: quod & aliis locus confirmatur, veluti in *l.4. C. locati.* qui cuſtodiam receperunt in plus teneatur, quam qui ſimpliciter merces aut alias res in horreum receperunt: Et in *l.1. §. ſæpe 35. depoſiti.* qui ſe depoſito obtulit, culpam ET cuſtodiam præſtare dicitur, & ſaltem excuſatus eſt à caſibus fortuitis: qui etiam pertinet *l. qui mercedem 40. cum l. ſeq. locati.* Et videtur eadem hic ratio eſſe, & eodem ſenſu dici *culpa & cuſtodia* quo in aliis locis præſtanda culpa dicitur ET diligentia, quod verbum aliquid addit, & ſupremum gradū diligentiæ deſignat, cum medius gradus ſub oppoſito verbo culpæ intelligitur: quo ſenſu verbum diligentiæ accipitur *in l. contractus 23. de R. I.* & aperte *in l.5. §.2. in fin. Commod.* vbi an JCtus in cōmodato præſtandam & culpā & diligentiā. Et quod dixim⁹ ex *l.19. C. de pign.* firmatur ex *l. ſi cum venderet 13. in fin. de pignor.* vbi dicitur præſtandam & culpam & cuſto- 3 4

Digitized by Google

& cuſtodiam, & quidem (quod magis vrget) vt in commodato: in quo conſtat & leuiſſimam culpam venire. Et diuinatorie imò inepte Cuiacius *19. obſ. 24. d. l. 13.* explicat de caſu, quo pignus ſolius creditoris cauſa datum fuit, qui alias ſine pignore crediturus pecuniam erat: tum quia textus indefinite loquitur & indiſtincte: tum quia minus dure agendum fuerit cum tam humano creditore, qui nullum pignus exegit, ſed vltro oblatum non recuſauit. Eiuſdem farinæ eſt, quod Accurſius ex ſententia Azonis ex aduerſo id reſtringit ad commoditum, quod vtriusq; gratia contractum eſt. Et altera quoq; reſponſio eius frigidior videtur, quod comparentur commodatū & pignus, quod in vtroq; præſtetur culpa, ſed non eadem ſpecies, nec vtrobique tanta. Fortaſſis non eadem ratione hanc JCti veteres conſiderarunt. Et in *l. 5. §. 2. Commodati:* ſane inter hos contractus refertur pignus qui vtriusq; gratia ineuntur, quod explicat *Iuſtin. in §. vlt. Inſt. Quib. mod. re contr. oblig.* & debitoris vtilitatem in hoc conſiderat, quod propter pignus accipiat pecuniam mutuam. Id fortaſſis non omnes conſiderarunt, & imò ſi accuratius quis intueatur, videri poſsit paulò inſubtilius & pinguius dictum: nam quod debitor tanto facilius pecuniam mutuam accipit, ſi pignus offerat, id prorſus eſt extra contractum pignoris: quem ſi conſideramus ſolum in ſe, deprehendemus ſolam in eo verſari vtilitatem creditoris, quippe cum, vt & ſup. probauimus *lib. 1 & 2. in pr.* pignoris vnicus finis ſit, ſecuritas debiti, vt res creditori ſit in tuto: itaq; ſi pignus conſideramus. qua tale, nulla ex parte id ſpectat commodum debitoris. Sed vt quidem ita diſputare liceat, ita non poſsit obtinere contra ſententiam Iuſtiniani in *d. §. vlt. Quib. mod. re contr. & d. l. 5. §. 2. comm.* cum præſertim vterq; locus *in d. §. 2. & d. l. 13. in fin. de pign. act.* ſit eiuſdem Vlpiani: vt ſane niſi eum ſibi contrarium facere volumus, aliqua probabilis explicatio ſit admittenda. Et occurrit iſta difficultas in plerisq; contractibus, & eſt tractatio de culpa & eius ſpecieb⁹ aut gradibus de cuſtodia & diligentia, diffuſa & intricata, quam plene explicare non eſt huius loci. Hoc ſaltem dicam 1. quod diſtinguendum ſit ex ſententia plurimorum inter culpam in committendo, & in omittendo poſitam: & quod illa in ſpecie ſub nomine culpæ, hæc ſub appellatione cuſtodiæ & diligentiæ ſoleat ſignificari à JCtis. Itaq; aliquando quis ob hoc tantum tenetur, quod facto ſuo rem corrupit aut deteriorem fecit: aliquando amplius ob hoc, quod rem non diligenter cuſtodiit & quo minus ab aliis

alijs quoque damnum rei daretur, proſpexit, & ita damnum auerterit. Eaq; eſt ſententia l. 4. C. *Locati* quod domini horreorum qui ſimpliciter res receperunt in horreum, ſi quid amiſſum ſit, non teneantur vlterius, quam vt cuſtodes exhibeant: quid ſi vero ſe præſtituros cuſtodiam receperunt, idem præſtare teneantur, & nimirum cuſtodiam, & adeo ob id teneantur, ſi quid accidit, quod ipſi diligenti cuſtodia & cura auertere potuiſſent: quod eleganter probatur ex *l. qui mercedem* 40. *cum l. ſeq Locati*. Deinde facit ad explicationem huius rei, quod fere in iure noſtro tantummodo tractatur de dolo & de culpa ſimpliciter, ita vt culpæ leuiſſimæ fiat vix vnico loco mentio in *l.* 44. *Ad legem Aquil.* & ſicut comprehendere ſub dolo, quod vnum eſt extremum, (quod ſemper eſt præſtandum) latam quoque culpam ſolent: ita & ſub fortuitis caſibus, qui ſunt alterum extremum, (& quod regulariter numquam præſtatur,) comprehendere leuiſſimam culpam, vt proinde abſurdum non ſit, ſi cum commodato comparetur pignus, in quo vtroque præſtatur culpa, licet in commodato aliquid amplius deſideretur: quid ex alijs locis, vbi id accuratius tractatur, petendum eſt: maximè cum poſſit pignus opponi aliis contractibus, qui tantum habent præſtationem doli & latæ culpæ: In quam rem optime facit *l. quæſitum* 8. §. *cum* 3. *de precar.* vbi dicitur, quod in precario dolus tantum præſtetur, ſed in commodato, dolus & culpa: & quid ni igitur ita explicare liceat mutilos iſtos centones, & *d. l.* 13. § . 1. *de pignor. act.* quod in pignore non tantum dolus, vt in precario aut depoſito, ſed etiam culpa, vt in commodato, (quod hactenus recte cum pignore comparatur) præſtetur. Quæ ad extricandum hunc modum vtrunque ſufficere poſſunt. Ceterum quoniam ob dolum & culpam tenetur creditor, hinc eſt, vt ſi dubitetur an quid tale commiſerit, repromittere eo nomine teneatur *l. creditor* 15. *de pign. act.* quæ non eſt ſatisdatio, vt male Accurſ. ſed nuda repromiſſio vt recte *Neguz. p.* 7. *m.* 3. *n.* 6. pacto porrò procul dubio id effici poteſt, vt in pignore etiam præſtetur leuiſſima culpa, quin imo vt & de fortuitis caſibus creditor teneatur: Nec enim pactum hoc delinquendi cauſam præſtat: quam ob rem improbatur pactum, ne quis præſtet dolum futurum *l. ſi vnus* 27. §. *illud* 4. *de pact.* & illud probatur ex *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pign. act.* Eſt & alius caſus, quo periculum eſt creditoris, ſi propria autoritate rem pignoratam occupauerit *l. qui ratiario* 30. *de pign. actione.* Illud denique hoc addo, quod omne damnum præſtare cogetur creditor, quod ab eo cauſam trahit,

Digitized by Google

licet ſit extra rem (quod nominatur à Dd. intereſſe extrinſecum) cuius rei ſingularis ſpecies eſt in *l. vlt. in pr. d. pign. act.* vbi debitor fundum pignori obligauerat, & inſtrumentum creditori tradiderat, & quoniam creditor inſtrumentum non exhibebat, & propterea debitor fines fundi demonſtrare non potuit, damnum, quod inde ſenſit debitor, venit in actionem pignoratitiam. Diximus initio capitis, competere hanc actionem pro reſtituenda re: nec intereſt ſit ea res aliena an propria, quod & non ſemel monuimus: nihil enim habet quod obiiciat creditor, poſtquam quod ſibi debetur, accepit: quod adeo procedit, vt & prædoni iſta actio pro re pignorata, & fructibus quoque detur *l. ſi pignore 22. §. ſi prædo de pign. act.* vt proinde appareat idem eſſe, licet ſcienter aliena res pignorata fuerit: ſiquidem nihil hoc ad creditorem, qui finita cauſa pignoris rem reſtituere debet: cum & latroni rem quam depoſuit reſtituendam eſſe reſponſum ſit in *l. bona fides 31. depoſiti*: & ita quoque de re dotali traditum eſt, quod licet aliena ſit, & ſcienter à muliere doti data, ſoluto coniugio tamen, ipſi eſt reſtituenda cum fructibus *l. ſi alienam 11. ſolut. matrim.* quo pertinet, quod in *l. 12. §. 3. de diſtr. pign.* reſponſum eſt ſi creditor Seruiana actione etiam per iniuriam iudicis rem domino euicerit, eam nihilominus debitori reſtituendam eſſe. Idque eſt, quod in eiuſmodi terminis dici ſolet referri à reo quæſtionem dominij non poſſe; alieni videlicet, & quod res ſit alterius poteſt autem reus & adeo & creditor obiicere exceptionem, quod res ſit ſua: quod & ex Interpp. refert & probat *Neguzant. p. 7. m. 3. n. 12.* iniquum enim ſit cogi quem reſtituere rem, quam ad ſe pertinere probat: & cui vindicatio daretur contra poſſidentem, ei & multo magis danda eſt exceptio, quod ipſum & firmatur *arg. d. l. 31. depoſiti.* quæ vult dominum præferri deponenti, & facit *l. qui rem 15. eod.* Sed obiicitur, quod cum actioni huic non obſtet præſcriptio 30. annorum *l. 10. & l. vlt. C. de pign. act.* vtique tanto tempore adquiritur dominium Reſpondeo, nos loqui hic de dominio quod antea erat quæſitum creditori, aut ex alia iuſta cauſa poſtea ſuperuenit, vt in ſpecie *l. ſi rem 29. de pign. act.* vbi creditor à domino vero rei, quæ pignorata erat, hæres inſtitutus fuit. Et verò non poteſt creditor rei pignoratæ ſibi de nouo per præſcriptionem adquirere dominium, cum nec cauſam poſſeſſionis ſibi mutare poſſit, plane ſi neget rem pignoratam eſſe, & ſibi poſſidere incipiat, ſiquidem in mala ſit fide, nec ſine, longi temporis ſpatio eam adquirere poteſt & pertinent huc quæ diximus ſup.

cap.

Digitized by Google

cap.12. finiri pignus, ſi dominium quæſitum ſit creditori. Porrò an pro re pignorata aliena, tantum competat vtilis actio, ſupra & *in fin.cap.19.* attigimus. Vbi illud palam eſt, quod vtilis opponatur directæ, alio plane ſenſu, quam quo ei opponitur actio contraria. Nam ipſa actio pignoratitia directa ita dicta, qua opponitur contrariæ, (quæ creditori datur,) in vtilem & directam alio ſenſu dictam diſtinguitur. Directa enim oppoſita contrariæ eſt: quæ ex ipſo contractu pignoris primario & directo naſcitur, & datur pro repetenda re debitori.

CAPVT XXII.

De aliis præſtationibus huius actionis.

1. *Vendito pignore ad quod actio pignoratitia competat.*
2. *Quid ſi emtor pecuniam non ſoluerit.*
3. *Quod ſi aliunde creditor ſit aliquid occaſione pignoris conſecutus.*

PRæſtatio alia principalis eſt huius actionis, ex cauſa venditi pignoris à creditore. Hoc caſu non poteſt agi pro re reſtituenda, quę rite vendita eſt, vt ſup. *libr.3.* tractatum: Hic tantum ſupereſt, vt paucis recenſeamus, quid hoc caſu veniat in hanc actionem: neque enim propterea, quod amplius debitum nec creditori nec emptori offerre & rem luere licet, penitus quoque actio pignoratitia ſublata eſt.

Et primo ſi creditor in vendendo pignore, non bona fide verſatus ſit, quidquid inde damni ſenſit debitor id actione hac perſequitur *l. 1. & 4. C. ſi vend. pign. agat.* vbi per actionem, quæ eo nomine competit, haud dubie actio pignoratitia intelligitur: quod & in genere reſcriptum eſt in *l. ſi ceſſante 7. C. de diſtr. pign.* Specialis præſtatio eſt, vt reſtituat, creditor, quod vltra debitum, apud ipſum eſt, ſi pretium nimirum ex venditione redactum, excedat debitum *l. vlt. C. ſi vend. pign. l. vlt. C. de diſtr. pign. l. 9. §. 1. D. eod. l. 1. C. de pign. act. l. quamuis C. §. 1. l. eleganter 24. §. 2. & l. pen. D. de pign. act.* & præterea docet *d. l. 6. §. 1. de pign. action.* quod non tantum ſuperfluum, ſed etiam eius vſuras creditor præſtare teneatur, ſi pecuniam illam in vſus ſuos conuerterit, ſi eam occupauerit fœnori, & tertio iuxta *leg. 7.*

Digitized by Google

eod. tit. ſi moram admiſerit: quoniam, in iudicijs bonæ fidei præſtandæ ſunt vſuræ ex mora itaque ſi pecuniam in depoſito habuerit creditor, non tenetur in vſuras, quoniam ita ceſſant rationes omnes præſtandi vſuras, vbi non obſtat *l. 2. C. de vſuris.* quia (quę eſt altera Accurſij ſolutio) ſpeciale eſt in ea ſpecie, vbi emtor fructus rei traditæ percipit, itaque omnimodo tenetur in vſuras, niſi ante depoſitionem obtulerit pecuniam venditori: quæ ratio non militat in creditore: nam quod in *fi. de I. G.* dicitur de depoſitione, non intelligitur de ea quam oblatio præceſſit, (vt Accurſius in prima ſolutione male cenſet) idque inde probatur, quod in *l. ſeq.* dicitur de mora commiſſa in reſtituenda pecunia depoſita: at quin ſi pecunia prius oblata depoſita fuit, liberatio contingit, nec creditor, niſi rem ad ſe receperit, in mora eſſe poteſt.

2 Quid autem ſi pretium pluris ſit quam debitum, & id needum ſoluerit emptor, an expectare oportebit debitorem, dum ſoluat, an ſtatim poterit agere contra creditorem, cui ſemper integra manet actio contra emtorem, vt imputetur creditori, qui moratori rem vendidit, aut terminum ſoluendi conceſſit. Hoc ſane ſi fecerit, & ſi quæ culpa ei imputari poſſit, ſtatim tenebitur: ceteroquin ſi bona fide vendiderit, ſatis erit, ſi mandet debitori actiones contra emtorem *l. eleganter* 24. § 2. *de pign. act. & l. 9. de diſtr. pign.* vbi dicitur, quod licet nihil poſſit conſequi creditor ab emtore, tamen ſit ei integra actio contra debitorem, quoniam venditio ſit facta ex neceſſitate. Cui tamen aduerſari non leuiter videtur, reſponſum Papiniani in *l. pen. de pignor. actio.* Ait ibi, quod creditor qui pignus vendidit, cogatur ſuperfluum cum vſuris (in caſibus ſcil. prædictis) reſtituere. At enim cum quærat Papin. ſtatim an debitor cogatur admittere delegationem, neceſſario ſequitur, quod tractet caſum needum pretij ſoluti aut non integre ſoluti: & alias enim fruſtra de delegatione quæreretur, ſi pretium totum ſolutũ, & ita emtor eſſet liberatus: non videtur autem æquum & rationabile, vt creditor pecuniæ, quam needum accepit, præſtare vſuras teneatur. Et ponendus igitur videtur caſus, quo emptor fuit in ſoluendi mora, quem cum cõuenire, & ab eo vſuras exigere poſſet creditor, ipſe quoq; non immerito tenebitur: nec aliud erit: ſi ponamus interpellatum tardius fuiſſe emptorem à creditore, & hanc moram creditori ita nocere, & facere, vt perinde habeatur, ac ſi pecunia exacta, & creditor in mora reſtituendi fuiſſet, quem ſcil. præſupponimus & ipſum à debitore fuiſſe interpellatum vel dicam, quod Papin. in *pr. d. l. pen.* ſimpliciter reſpon-

Digitized by Google

reſpondeat, ad quid creditor teneatur, & terminos habiles ſolutæ pecuniæ ponendos eſſe, vt de vſuris quæri poſſit. Mox autem aliam tractare quæſtionem, an debitor non ſoluto pretio, teneatur admittere actionum ceſſionem & delegationem contra emptorem, qui ſuperfluum id ſe ſoluturum promittat. Et Papin. hoc negat: forte, quoniam debitor, ratione huius ſuperflui, eſt creditor, & qui pignus vendidit, debitoris hactenus loco eſt, contra quem actionem pignoratitiam, pro iſto debito habet prior debitor, qui iam pignore vendito debitor eſſe deſiit: nemo autem inuitus admittere cogitur alium debitorem. Aliam addit rationem Papin. in *d. l. pen.* quod in venditione quæ fit ex facto, vel ex pacto, (vt mauult *Cui. ibid. lib. 3. reſp. Papin.*) creditor negotium ſuum gerat. Et innuit enim JCtus, quod qui alienum negotium bona fide geſſit, audiri debeat, ſi delegare & cedere velit actiones. Sed hoc non concedendum eſſe ei, qui ſuum negotium geſſit ſed contradicit hic *d. l. 24. §. 2. de pign. act.* quæ permittit creditori, vt cedat actiones, ſi expectare non velit emptor: & facit, quod vtcunque creditor hactenus ſuum negotium gerat, dum id agit vendendo, vt ſibi ſatisfiat, tamen ſimul & negotium debitoris gerere recte dicitur: vel quia ex voluntate huius rem vendere intelligitur *§. 1. Inſt. quib. alien. licet*: vel quoniam ſolutio ipſi prodeſt, proponit gloſſa varias ſolutiones in *d. l. pen.* quas & refert *Neguz. p. 6. memb. 1. n. 37.* ex quibus quartam probat Cuiacius, quæ & liquidiſſima eſt, quod non cogatur delegationem talem admittere debitor, per quam omnino creditor liberetur, quæ eſt ſententia Papiniani: ſed ſi debitor omninò vrgeat creditorem, & nullam moram ferre velit, tum creditor offerre actionum ceſſionem poſſit, quas exerceat debitor ſed periculo creditoris venditoris, vt traditur expreſſe in *d. l. 24. §. 2. de pignor. action.* adeoque ſi emptor ſoluendo forte non ſit, integra debitori erit actio pignoratitia contra creditorem: atque ita nihil prorſus pugnat *d. l. 24. cum l. pen.* Sed pugnat magis quod in *l. 9. de pignorum diſtr.* dicitur, licet creditor nihil poſſit conſequi ab emptore, nihilominus poſſit petere debitum: ex quo ſequitur non eſſe hoc creditoris ſed debitoris periculo: nec habeo quod reſpondeam, niſi vt reſtringatur ea ſententia ad caſum, quo à culpa prorſus immunis eſt creditor; qui ſane vendendo debet agere optima fide, vt ſi vel tantillum ei obiici & imputari poſſit, periculum ad eum merito debeat ſpectare iuxta *d. l. 24. & pen. de pign. act.* Hactenus diximus vendito pignore teneri creditorem.

torem. Quid autem ſi venditio ſit nulla ob defectum alicuius ſolemnitatis, & ex aliqua cauſa earum, quas ſup. *lib.* 3. propoſuimus. Et iſto quidem caſu rem vindicare poteſt debitor iure dominij, ſed cum ſupra probauimus vbi pignus inutiliter contractum fuit, habere nihilominus locum pignoratitiam actionē, poteſt id & in iſtis terminis defendi, quod debitor poſſit agere pignoratitia actione, quæ ipſi poſſit eſſe vtilior, cum nec prodeſſe debeat creditori, quod vitioſe & nulliter rem vendidit: Eoque referri poſſit, quod eſt in *l. 2. C. ſi vend. pign. agat.* ſi ſerui quos nullo iure creditor vendidit, vſu capti ſint, (vt non poſſit eſſe locus vindicationi) pretium eorum peti poſſe actione inſtituta contra creditorem: Id quidem de actione negot. geſt. explicat Accurſius: verū ſi ſeruos obligatos pignori fuiſſe proponas, non video quid impediat, quo minus actioni pignoratitiæ ſit locus. Atq; hæc quo ad venditionem pignoris. Alia eſt præſtatio in terminis rei non venditæ circa fructus quos percepit creditor: hi enim computantur in vſuras & ſortem & extenuant debitum: itaq; ſi eorum quantitas excedat debitum, iam liberatis per imputationem pignoribus, ſuperfluos fructus vel eorum æſtimationē reſtituere tenetur creditor. Quod ſi citra imputationem pecuniam ſoluerit debitor: in ſolidum de fructibus tenebitur creditor: aut ſi imputatio iure pro facta habetur, ſolutum tamquam indebitum condicet iure communi: quæ certiſſimam habent rationem; & faciunt huc *l. 1. 2. & vlt. C. de pignorat. act. l. ſi pignore* 22. *§. ſi prædo. D. eod.*

Deniq; huc pertinet præſtatio inſignis, quod quidquid occaſione pignoris creditor aliunde cōſecutus eſt, id omne cōuentus pignoratitia actione, reſtituere cogatur debitori: in quam rem textus eſt perſpicuus in *l. reſcriptum* 12. *§. 1. D. de diſtr. pign.* (quem locum plenius explicauimus *lib.* 3. in materia venditi pignoris) vbi ratio à JCto adfertur, quæ licet applicata ſpeciali caſui, tamen reuera eſt generalis, & in alijs caſibus etiam habet locum; quod æquius ſit, lucro id cedere debitoris, quam creditoris, qui niſi res pignori data fuiſſet, lucrum id conſecutus non fuiſſet, & cui ſatis eſſe debet, ſi in damno non moretur, & debitum conſequatur cum &, vt ſupra diximus, videatur nomine quaſi procuratorio experiri: quamuis & citra hoc generale ſit omnino quod diximus: nam & hypothecaria actione ſi creditor amplius quid & vltra debitum conſecutus fuerit, id debitori tenetur reſtituere *l. ſi inter* 21. *§. vlt. de pign.* ita quidem, vt ſi maiores fructus, imo & ſi

por

per iniuriam iudicis quid conſecutus ſit creditor id reſtituendum ſit debitori *d. l. reſcriptum* 12. §. 1. *de diſtract. pign.* ex quo fit, vt ſi poſſeſſor non reſtituens in æſtimationem litis condemnatus fuerit, aut etiam vltro vt euitaret condemnationem, eam ſoluerit, id proficiat debitori ad liberationem *l. ſicut* 8. §. *vlt. quib. mod. pign. ſolu.* Hinc etiam eſt, vt ſi quas actiones ex cauſa pignori adquiſiuit ſibi creditor, illas cedere teneatur debitori, facit *l.* 24. §. 2 *de pign. act.* de qua paulo ante diximus, licet ex proprio pacto ſibi quæſiuerit, iuxta textus in *l. ſi cum* 13. *de pign. act. l. ſi creditor* 7. *quib. mod. pign. ſolu.* de quorum locorum ſententia egimus *lib.* 3. vbi de venditione pignoris. Inſigne quoque huius rei exemplum eſt, quod ſi quid per actionem ex delicto occaſione pignoris creditor accepit, præſtat id debitor: v. c. ſi res ei furto ſubrepta fuerit: ipſe enim creditor, (vt ſup. *lib.* 3. pluribus diximus) agit furti: ſed quidquid conſecutus eſt, id cedit lucro debitoris, *l. ſi pignore* 22. *in pr. de pign. act.* vbi ſimul eſt ampliatio, licet culpa creditoris furtum factum ſit, & adeo maxime eius interſit, rē non fuiſſe ſubreptā: quoniā vt diximus, finis pignoris eſt, ſecuritas debiti, quē creditor ſi adſequatur ſatis habere, nec aliud lucrū captare debet. Videtur hic obſtare ꝙ ſi cōductori aut commodatario furtum factum eſt, ꝙ hi actione furti conſecuti ſunt, ipſorum lucro cedit, nec reſtituendum eſt locatori aut commodanti, vt probatur ex *l.* 15. *qui* 6. *locati l. vlt.* §. *ſed cum* 3. *C. de furtis.* Rationē diuerſitatis hanc Accurſius reddit, ꝙ iſti habeant rei vſum, nō autē habeat creditor: & cum igitur illis vſus interuertatur p furtum, lucro eorum cedere debet, ꝙ ſunt cōſecuti: Quæ ſi recta ratio eſt, efficietur, ꝙ *d. l.* 6. tm̄ habeat locum in cōductore eo, qui ꝓ vſu rei mercedē dat; nō in eo cōductore, qui diuerſo reſpectu & locator dicitur, & qui cōducere aliquid dicitur faciendum, & ita operas locat: veluti, fullo ſartor, qui pro opera mercedē accipiunt, & vtriq; nō habēt vſum rei: de quo amplius fortaſſe cogitādum. Quod obtinet in actiōe furti, idē eſt in actione ꝙ metus cauſa, ſi ab eo qui rem pignoratā extorſit, creditor pœnā conſecutus fuerit; nā & hanc imputat in debitum & ꝙ ſupereſt reſtituit *d. l. ſi pignore* 22 §. 1. *de pign. act.* ex quo illud colligitur à cōtrario ſenſu, quoniā ꝓponitur ipſe debitor metum intuliſſe; & ideo imputari ꝙ debitor præſtitit, aut reſtituendum eſſe negatur: & nulla poteſt dari diuerſitatis ratio, cur aliud in furti actione, aliud in actione ꝙ metus cauſa, obſeruetur: nā ꝙ ad debitorē ipſum attinet, ita quoq; in actione furti obtinet, vt ſi ipſe debitor rē ſubripuerit creditori, & ob id cō-

uentus

Digitized by Google

uentus fuerit, lucro creditore cedat, quidquid conſecutus eſt *d.l. 22. in pr. de pign. act.* nec enim delicta eſſe debent impunita: & ſi debitor id actione pignoratitia perſequi vellet, neceſſe haberet propriam turpitudinem allegare: de qua re & aliis eo pertinentibus, & an creditor, quod per actionem met. cauſ. conſecutus eſt, à debitore & totum quadruplum (in quo ineſt ſimplum) lucretur: itemque quid iuris ſit in conditione furtiua, de qua in *d.l. 22. in pr.* egimus accurate in exercitationibus noſtris ad Fabr. *decade* 81. *cap.* 1. *& ſeqq.* Illa plane ſingularis eſt præſtatio, quam extremo loco notamus, quod creditor aliquando pignoratitia actione conuenitur, vt rem pignoratam vendat, iuxta *l. quamuis 6. in pr. de pign. act.* de quo diximus ſup. *lib.* 3. *cap.* 30.

FINIS LIBRI QVINTI
De pignoribus.

INDEX

INDEX

PRIOR NVMERVS LIBRVM, POSTERIOR CAPVT SIGNIFICAT.

A.

ACceſſoria obligatio. 2. 1

Actiones vtiles cognitionis prætoria 2. 4

Alienari prohibita an veniant ſub generali hypotheca 1. 6

Antichreticum pignus. 1. 14. an pro eo competat Seruiana. 3. 19. an ſit quædam antichreſis tacita 1. 14. quis ſit in ea modus vſurarum. ibid.

Arbitrariarum actionum natura 3. 12

B.

BOnorum appellatione an veniant futura. 1. 5 an nomina. 1. 6

C.

COmmiſſorium pactum. 1. 15. an olim lectum. ibid. cur improbatum ibid. quid ſi ſit iuratum 1. 16. quid ſi ſit interpoſitum ex interuallo, ſi cum tertio, ſi conceptum oblique. 1. 16

Creditor an propria autoritate rem occupare poßit 3. 21

Cuſtodia quid ſignificet 5. 21

D.

DOminij impetratio, quo iure introducta 3. 31. non niſi à principe addicitur hic dominium Ibid. Quid ſi res fuerit euicta. Ibid.

E.

EVictionem an & quando præſtat creditor & an recuperet, quod eo nomine promiſit & ſoluit 3. 25.

Expreſſa hypotheca. 1. 8.

F.

FIducia pignus. 1. 15.

Finitur pignus ſublata principali obligatione 5. 1. exceptis caſibus de quibus. 5. 2. an finitur abſoluto reo 5 1. an confuſione 5. 2. an præſcriptione 5. 3. an per mutationem & translationem obligationis 5. 4.

Finitur per pactum de non petendo debitum. 5. 5. pacto remiſſorio ipſius pignoris 5. 6. ſi creditor conſentiat vt alienetur pignus. 5. 7. vt alij oppignoretur 5. 8

Digitized by Google

Finitur redditione pignoris. 5.9. *an ſatisfactione.* 5.10. *& quid ſi quis alia pignora dare velit* Ibid.
Finitur corruptione rei. 5.12. *& an mutata qualitate. ibid. & quid ſi ius pignorantis ſit finitum.* 5.13. *& an tacita impediatur aut tollatur per expreſſam* 5.11
Fiſci hypotheca. 1.9. *Eius priuilegium in vendendo pignore.* 3.29
Fructus an ſint pignori, & quid de extantibus vel conſumptis. 2.11
Furtum an fiat citra interuerſionem poſſeßionis. 3.29

G.

Generalis hypotheca gradus. 1.5. *quomodo adficiat res ſingulas.* ib.
Generalis hypotheca an comprehendat alienari prohibita, an bona emphyteutica, an dotalia. 1.8. *an bona fideicommiſſo ſubiecta, an pecuniam numeratam. ibid. an quæ quis non præſumitur obligare, an res heredis.* 1.7.
Gregis hypotheca. 2.5

H.

Hominis prouiſio an tollat prouiſionem Leges. 5.11

I.

Illata à minore in ædes an ſint pignori. 1.XI. *quid in libris ſtudioſorum. ibid. quid in prædiis rectius. ibid. Illata an poßideat locator.* 3.8
Illata an teneantur pro deterioratione. 1.XI.
Immobilium appellatione quid veniat. 1.6.
Impenſas an petere poßit poſſeſſor. 3.18
Incorporalia an ſint immobilia. 1.6
Indiuiduitas pignoris. 3.2
Inſtrumentis obligatis quid veniat. 1.5
Inuectorum pignus quale. 1.4. & XI
Iudiciale pignus. 1.3
Iuramentum in litem quando habeat locum 3.12
Iuramentum an confirmet actum cui apponitur. 1.16

L.

Legale pignus an ſit expreſſum. 1.4. *quotuplex.* ibid.

M.

Magiſtratus quomodo capiat pignus. 1.3
Mobilium appellatione quæ veniāt. 1.6
Mouentia an ſint mobilia. 1.6

N.

Nominis pignus. 2.8. *quomodo defendatur. ibid. & de actione vtili quæ ex ea cauſa datur.* ibid.
Notarius an poßit à ſe adiicere hypothecam 1.3.

P.

Pignus hypotheca, quid. 1.1. *eius definitio.* 1.2. *finis.* 2.1. & 3.22
Pignoris pignus. 2.9. *acceßionum.* 2.10. *Partus ancillæ.* 2.10. & XI
Pignoris effectus, parit ius in re, 1.3. & 3.4. *Parit ius retentionis. ibid. & cap.* 5. *& veram poſſeßionem.* 3.6
Pignoris effectus quoad ius agendi. 3.7. *vbi variæ actiones quæ competunt* credi-

creditori & 3.8. Eius effectus quo ad ius vendendi. 3.22.& 23.
Pignorari quæ non poßint. 2.13
Pignus qui accipiant. 2.15
Pignus accedit cuiuis obligationi. 2.1. *quid in criminalibus.* ibid.
Pignorata res alienari poteſt. 3.1. *niſi aliud pacto cautum ſit.* ibid.
Pignoratio non facit alienationem. 2.1. *in fin.*
Pignorare qui poßint, an pupilli, an tutores, an ſerui filiif. procuratores. 2.2
Pignorari quæ res poßint an ſi fideicommiſſo ſubiecta, an Emphyteuticæ, feudales. 22. *dotales.* Ibid. & 2.13
Pignus rei alienæ. 2.3. *quibus caſibus valeat.* 2.4. & *quando conualeſcat.* Ibid.
Pignus rei propriæ an ſubſiſtat. 2.14
Pignoratitiæ actio contraria & eius præſtationes. 3.9
Pignoratitia actio directa, vnde naſcatur. 5.15. & 16. *an competat pro hypotheca aut pignore prætorio.* 5.18. *an detur contra tertium.* 5.19. *an pro re aliena.* 5.19. & 21. *in fin. an præciſe detur ad reſtituendum.* 5.21
Pignoratitia directa competit, etiam vbi nullus fuit reuera contractus. 5.17. *concurrit cum rei vindicatione.* 5.17. *eius præſtationes ſi venditum ſit pignus.* 5.22. & *ſi quid aliunde conſecutus ſit creditor,* ibid.
Pignoratitia directa quam diu duret. 5.20. *quæ culpa in eam veniat.* 5.21
Pignus an idem ſit numero in quod alius ſuccedit. 4.14
Pignus ſub die aut conditione. 1.17
Pignus cur ſit potentius ſimplici priuilegio. 4.1
Pignus ſi duobus obligatum ſit, quid iuris. 3.3
Prætorium pignus. 1.5
Prior tempore potior iure, ſi vel puncto temporis prior ſit. 4.1. & *quod ſi non conſtet, vter prior ſit.* ibid. & 4.10. *Quid ſi prior obligatio habuerit diem aut conditionem.* 3.2
Prior tempore an ſit potior ſolus in bonis poſt quæſitis. 4.6. *an poßit repetere pecuniam alteri creditori ſolutam.* 4.6
Prioritas ex tempore etiam procedit in hypotheca tacita. 4.7. *an & quatenus in pignore prætorio.* ibid.
Prioritatis ius an annotatur ob mendacium 4.7
Priuilegium prælationes 4.8. *Competit ei qui ſub lege pignoris rem tradidit* 4.9. *qui in rem credidit.* Ib. *an competat fiſci,* 4.10. *an ei qui a in funus impendet.* 4.10. & *in dubio an fiſcus an priuatus potior ſit.* Ibid.
Priuilegium vxoris pro dote. 4.12. & & *quibus præferatur vel non* Ibid. *an competat pro dote confeſſata* 4.13. & *quid ſi matrimonium ſit putatiuum* Ibid. & *quid in ſponſa* Ib. & *an competat liberis* 4.13
Priuilegiata hypothecæ ſi concurrant. 4.14

Digitized by Google

R.

Ratihabitio obligationis. 2.2
Repræſalia an licita 2.12

S.

Saluiani interdicti natura 3.20
Satisfactio quid proprie 5.10
Seruiana actioni quæ obſtent exceptiones. 3.14. an exceptio rei iudicatæ. 3.15. an exceptio dominij 3.16. an exceptio excuſſionis 3.17. an exceptio motæ perſonalis actionis 3.18. an exceptio impenſarum Ibid.
Seruiana actio eſt in rem & dicitur petitorium iudicium, & pro quibus rebus detur 3.10. Vnde naſcatur, 3.1. eius requiſita, & quid in ea probandum 3.11
Seruiana eſt actio arbitraria 3.12. in ea iuratur in litem Ib. an habeat petitionem alternatiuam. Ibid. qui fructus in ea veniant. 3.13
Seruitutis reales an pignorari poſſint. 2.7
Soluere licet creditori creditoris ſui. 2.8. In ſolutum res data ſi ſit euicta quid iuris 3.31
Subſcribens inſtrumento, an eo contenta probare intelligatur. 21 & 5.7
Succeſſio in locum priorum 4.5. Et quæ ad eam requirantur. 4.15 & quid in emtore pignoris. 4.16. & quid in eo qui pecuniam ſoluit creditori. 4.17

T.

Taberna pignus vel hypotheca 2.5
Tacita hypotheca quando incipiat. 1.9
Tacitam hypothecam an habeant ciuitates 1.9
Tacita hypotheca pupillorum liberorum in bonis patris, & vitrici, vxoris pro dote, parapherniis 1.9
Tacita hypotheca pro dote promiſſa, 1.10. pro antidote, pro legatis donatione mortis cauſa, pro legitima Ibid.
Tacita hypotheca ob creditum in reſtitutionem ædium. 1.12. quid in naui, aut ſi in rem emendam creditum ſit. Ibid. & quid, ſi mea pecunia res empta ſit. Ib.
Tacita hypotheca pro fideicommiſſo. 1.13. liberorum in lucris nuptialibus, in redemto ab hoſtibus, Ibid. & 2.12
Tacita hypotheca in acceſſionibus. 1.13. an in re vendita. Ibid.
Teſtator an poſſit obligare res heredis. 1.7. & 2.3.
Tveri. quid ſignificet in vſu iuris. 2.6

V.

Venalia an contineantur appellatione bonorum ſuorum. 1 6
Venditionem an faciat litis æſtimatio. 3.26
Venditione reſciſſa dominium redit ad debitorem. 3.28
Venditum pignus ſi ſit creditori ſecundo quid iuris 3 26. & quid ſi venditum ſit fideiuſſori, Ibid. & quid ſi debitori ipſi. Ibid.
Venditionem pignoris debitor non poteſt impedire. 3.24. eius venditionis firmitas. Ibid.

Vendi-

Digitized by Google

Venditionem quibus caſibus debitor re- uocare poteſt 3.27
Venditio pignoris quibus caſibus ſit nulla 3.28. *non protinus eſt nulla ob amiſſam aliquam ſolemnitatem.* Ibid.
Vendere pignus an rogatur creditor 3. 30
Vendendi ius habet creditor prior, non ſecundus 3.29. *ſed ſi id factum ſit à ſecundo, an contra eum primus habeat aliquam actionem.* ibid.
Vendere iure creditoris quid ſignificet. 3.29
Vendere an poßit creditor rem quam poßidet. 3.29
Verba contractibus adiecta, non ſemper aliquid operantur. 1.16
Vſura an odioſa iure ciuili. 3.5
Vſusfructus an & quomodo pignori conſtitui poßit. 2.6

INDEX LEGVM QVIBVS ALIQVA LVX HOC OPERE EST ILLATA.

Ex Digeſtis.

L. *In cauſa* 27. §. 1. *d. procurat.* 5. 4
L. *ſi poſt* 18. *de rei vindic.* 2.13
L. *qui occidit* 30. §. 1. *Ad L. Aquil.* 5.2
L. 1. *de pignorat. actione* 1.3
L. *quamuis* 6. *eod. tit.* 3.30.
L. 8. §. 1 *eod.* 3.2 & § 3 *eod.* 3.23
L. 11. §. 3. & § *ſolutam eod.* 3.5 & 1. XI.
L. *ſi cum venderet* 13 *de pign. action.* 3. 27
L. *tutor* 16. *in pr. de pign. act.* 2.2
L. *ſi conuenerit* 8 §. 2. *eod.* 2.10
L. *ſi pignore* 22. §. *vlt. cum l. ſeq. eod.* 3. 25. & §. 3 *eod.* 3.29
L. *eleganter* 24. *in pr. de pign. vol.* 3.31. & §. *vlt. ord.* 5.14. & 5.22
L. *ſi ſeruus* 31. *eod.* 3.9
L. *cum hortis* 35. *eod.* 3.30
L. *debitor* 40. *de pignor. act.* 3 26. & 5. 19
L. *rem alienam* 41. *eod.* 24
L. *petenti* 27. *eod.* 5.21
L. *pen. de pign. act.* 5.22
L. 22. *d. contr. empt.* 2.12
L. *vlt. eod. tit.* 1.16
L. 24. §. 1. *locati* 1. XI.
L. 1. §. 2. *de pign.* 1. XI
L. *ſi fundus* 16. §. 4. *eod.* 3. 13. & §. 5. *eod.* 3.15. & § *ſi duo* 8 *eod.* 3.3. & §. *vlt. eod.* 1.16
L. *grege* 13. §. 1. *de pign.* 2 8
L. *cum vitioſe* 25. *eod.* 2.4
L. *ſi Titio* 22. *eod.* Ibid.

L. periculum 30.de pign.3.25
L. 3.in pr.& §.1.eod.3.5
L. 9.51.eod.2.3
L. in quorum 24.eod 2.2
L. ſeruum 27.de pign.5.2
L. quæſitum 14.§.1.eod.3.13
L. 2.& 5.in quib.cauſ.pign.tac.1.XI. & 13
L. vlt.eod.tit.1.13
L. cum debitor 8.eod.1.14.
L. 1.& 2.quæ res pign.2,2.& §.vlt. eod.2.13
L. pen.eod tit.4.2
L. 3.Quæ res pign.4.16
L. 1.in pr.qui pot.in pign.4.2
L. 3.§.vlt.eod.3.2
L. 9.§.2.eod.4.2.& §.3.eod.2.4
L. 2 qui potiores.4.5
L. huius 6 eod.tit.4.9
L. 7.in pr.eod.4.XI.
L. prior.11.§.ſi colon.2,qui potiores 4. 2.& §.3.eod.2.XI.
L. creditor 12.§.ſi prior.qui pot. 3.29. & §.4. eod. 5.8.& §.5. eod. 4. 3.
L. Claudius 16.eod.3.15
L. ſi non 14.eod. 4.4
L. 7.in pr.& §.1.d.diſtract.pign 3.27
L. reſcription.12.§.1.eod.3.24
L. 2.diſtr.pign.3.26
L. 7.§.vlt.eod 3.1.
L. pen eod.3.29
L. 1.d.diſtr.pign.3.29
L. 9. D.eodem.5.22
L. Item 6.in pr. Quib. mod. pign. ſolu 5.3
L. ſi deferente 13.Quib. mod. pign ſolu 5.1
L. 1.§.1.D.eod.5.5
L. 1.§.vlt.eod.5.4
L. 5.Quib.mod.pign.ſolu.5.6
L. ficus 8.§.4.eod.tit.5.7
L. Paulus 12.eod.5.8
L. 3.Quib mod.pign.ſolu.5.13
L. d.vſu & vſufr.leg.1.7
L. 5.§.2.vt in poſſ.legat.4.7
L. 1.& 2.d.reb.eor.qui ſub luit.4.5.& 2.2
L. quid de 11.d.dam.inf.3.7
L. his qui 12.eod.4.7
L. Iulianus 15.§.Item 25.d. dam. inf. 4.7
L. ſeruus 61 §.4.d.factis 3 9
L. 21.ad tot a d.falſis 3.8
L. debitor 59 ad Trebell.5.2
L. ſi quis 38.§.vlt.d.ſolution.5.2
L. 4.§.1.d.ſeparat.1 10
L. Qui habebat 101.d.legat.3.2.2
L. mouentium 93.d.V.S.1.6
L. fructus 72.d.R.I.2.2

EX CODICE.

L. vn.§.1.C.d.rei vx.act.1.10
L. 6.§.2.& vlt. C.d.bon. quæ lib.1.9
L. vn.C rem alien.ger.1.8
L. 2.C.de patrib.qui fil.diſtr.2.12
L. 4.C.d.vſuris 3.5
L. 8.C.d ſent.& interloc.3.31
L. 7.§.1,C.d.præſcr.30.ann.5.3.
L 5.C.ſi res alien.pign.2.4
L. 1,C.ſi pign pign.2.6
L. 3.C.Quæ res pign.2.12
L. vn.C.etiam ob chirogr.pecun.3.5

L. 1.C

Digitized by Google

INDEX.

L. 1.C.*ſi antiqu.cred.*3.28

L. 5.C *d remun.pign.*5.5

L. 3.§.1.C.*d.iur.dom.impetr.*3.23

Auth.hoc ita C.*de pign.*3.17

L. 2.C.*de pign.*4.5

L. 4.C.*ſi vend.pign.ag.*3.28

L. 4.C.*d.diſtr.pign.*3.29

L. 4.C.*d.euictionib.*3.31

L. *Scripturas* 11. Cod.*Qui potiores* 4.9

L. 2.C.*d.luit pign.*5.2

N. 18.*cap.*10.4.7

FINIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

oogl